



MEMORIA

AÑO 2015

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

1.- PRESENTACIÓN.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra – en adelante TACPN – comienza su actividad a finales de abril de 2013.

Esta Memoria tiene por objeto ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal durante el año 2015 y, especialmente, dar cuenta de algunos de los principales criterios doctrinales adoptados, sin perjuicio de la publicación de todos los acuerdos en la dirección web: <http://PortalContratacion.navarra.es/>

2.- FUNCIONES.

A) La función principal del TACPN es la resolución de las reclamaciones en materia de contratación pública que puedan ir referidas a **cualquier contrato público** de los definidos en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP) que pretendan celebrar o celebren las entidades adjudicadoras relacionadas en el artículo 1 de la LFCP, **con independencia de su cuantía.**

B) Son susceptibles de reclamación en materia de contratación pública los **actos de trámite o definitivos, que excluyan de la licitación o perjudiquen las expectativas de los interesados en la licitación, dictados por una entidad sometida a la LFCP en un procedimiento de adjudicación.**

En particular, a título de ejemplo, los anuncios de licitación, los pliegos, además de los actos de inadmisión o exclusión de los licitadores, el acto por el que se declara desierta o se desiste de una licitación, las cláusulas de la licitación incompatibles con la normativa y el acto de adjudicación del contrato. Esta amplitud abarca no sólo actos de trámite “cualificados” sino también, además, las actuaciones que perjudiquen las expectativas de los interesados, como podrían ser los informes de valoración de ofertas, que no reúnan tal carácter, realizando así un control previo.

También son recurribles los encargos a medios instrumentales propios y demás actos y modificaciones contractuales que se puedan considerar adjudicaciones ilegales.

Además, el TACPN es competente para adoptar las medidas cautelares que se soliciten en relación con las actuaciones propias de los contratos públicos, con el alcance que ofrece el artículo 211 de la LFCP.

Por el contrario, no son recurribles los acuerdos del propio Tribunal, cabiendo frente a los mismos únicamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

C) La reclamación debe fundarse exclusivamente en los siguientes **motivos**:

a) Encontrarse incurso el adjudicatario en alguna de las **causas de exclusión** de la licitación señaladas en la Ley Foral.

b) La **falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario**.

c) Las **infracciones 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**.

d) Los **encargos a medios instrumentales propios con infracción de los preceptos de la LFCP y las modificaciones contractuales que supongan o puedan suponer la adjudicación ilegal de un contrato público, supuesto este en el que ostentarán legitimación activa para reclamar únicamente los licitadores admitidos a la licitación del contrato inicial**.

3.- ORGANIZACIÓN.

El TACPN se crea por el artículo 38 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, que añade un nuevo artículo 208 bis a la LFCP.

Conforme al artículo 208 bis.2 de la LFCP el TACPN estará compuesto por un Presidente y dos vocales, funcionarios en activo de la Administración de la Comunidad Foral, de las entidades locales de Navarra o de otras entidades sometidas a esta Ley Foral, para cuyo nombramiento se haya exigido el título de Licenciado o Grado en Derecho, que serán designados por el Gobierno de Navarra, previo informe de la Comisión Foral de Régimen Local, de conformidad con la propuesta que le eleve el Pleno de la Junta de Contratación Pública, por un periodo de seis años, pudiendo ser reelegidos. Dicho precepto permite la designación de suplentes para dicho periodo para los casos de vacante, ausencia o enfermedad.

El Presidente deberá poseer una experiencia profesional de al menos diez años y tener especial preparación en materia de contratación pública y los vocales haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a cinco años y tener especial preparación en materia de contratación pública.

Los miembros del Tribunal serán independientes e inamovibles y no podrán ser perturbados por las opiniones o acuerdos emitidos en su seno, reconociendo la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-203/14 de 6 de octubre de 2015, dictada en ocasión de la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, a los órganos y tribunales resolutorios de los recursos especiales de contratación pública como órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea².

El TACPN inició su funcionamiento el día 25 de abril de 2013 y, de conformidad con el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de abril de 2013, lo conforman don Javier Martínez Eslava, (Presidente), don Francisco Javier Vázquez Matilla (Vocal) y doña Ana Román Puerta (Vocal) Son suplentes de los titulares don Fermín Casado Leoz (suplente del Presidente) y doña Marta Pernaut Ojer y don Eduardo Jiménez Izu (suplentes de los Vocales). El Secretario de la Junta de

Contratación Pública ejerce las funciones de Secretario del TACPN. Actualmente ocupa dicho cargo doña Silvia Baines Zugasti.

4.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPN.

El TACPN opera exclusivamente por medios telemáticos y ni tan siquiera tiene un registro físico donde puedan remitirse ningún tipo de solicitud o comunicación. En especial, y como nota distintiva del resto de tribunales de España, todo el procedimiento es enteramente electrónico.

Los acuerdos de resolución de las reclamaciones en materia de contratación pública se publicitan en la web: <http://PortalContratacion.navarra.es/> para garantizar la transparencia de actuación del Tribunal y especialmente para dar conocimiento de sus pronunciamientos a fin de corregir prácticas contrarias a la normativa sobre contratación pública.

El Tribunal aunque independiente en su composición y funciones está adscrito orgánicamente a la Junta de Contratación Pública, que a su vez está adscrita al Departamento de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra. Esta adscripción viene entre otras cuestiones motivada por la asistencia del personal de dicho Departamento al Tribunal. Sin embargo, esta asistencia tiene un carácter limitado pues no existe personal adscrito de forma permanente al Tribunal y ello conlleva problemas de gestión de los procedimientos de reclamación (como retrasos del conocimiento de la interposición de nuevas reclamaciones, de la aportación de documentos a las mismas o escaso apoyo técnico en la preparación de los asuntos). Por ello sería deseable un mayor apoyo administrativo y técnico al Tribunal, así como una importante mejora de la aplicación informática que soporta el procedimiento de reclamación que, como está legalmente establecido, únicamente puede tramitarse a través de estos medios electrónicos. A mayor abundamiento, los miembros del Tribunal desarrollan su función compatibilizándola con su puesto de trabajo a jornada completa en diferentes Administraciones, por lo que estas mejoras son absolutamente necesarias para el funcionamiento del órgano.

El Tribunal no gestiona ni puede gestionar un presupuesto independiente lo que conlleva una dependencia del presupuesto del Departamento citado.

El TACPN ha mantenido contactos constantes con el resto de Tribunales de España (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Tribunales autonómicos) a fin de unificar criterios y asegurar cierta coherencia a nivel nacional de los pronunciamientos en materias de importancia significativa o que generan problemas técnico-jurídicos. En particular, gracias a la iniciativa del Tribunal Central de Recursos Contractuales, asistimos a la IV reunión de coordinación de Tribunales y Órganos de recurso especial en materia de contratación pública que tuvo lugar en Madrid los días 23 y 24 de junio de 2015.

A dicha reunión asistieron representantes del Tribunal Central de Recursos Contractuales, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, del Tribunal de Contratos Públicos de Andalucía, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, del Tribunal de Contratación Pública del País Vasco del Tribunal Catalán de Contratos del sector público y del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias así como del TACPN.

Las conclusiones pueden consultarse en la siguiente página web:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.842/relcategoria.118/relmenu.2/chk.32e1633925fdc9f72f07c296701c26be>

5. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL. AÑO 2015.

El número de reclamaciones presentadas fue de 75 y el número total de Acuerdos adoptados a lo largo del año 73, de las cuales 57 corresponden a Acuerdos con pronunciamiento sobre el fondo.

Asimismo, 7 de las reclamaciones serán objeto de resolución durante el año 2016.

El valor estimado global de las licitaciones que han sido impugnadas (y resueltas) durante el año 2015 asciende a 291.335.117,91 €.

La evolución del valor estimado de las licitaciones que han sido impugnadas desde la creación del TACPN es la siguiente:

AÑO	VALOR ESTIMADO
2013	277.722.280,28
2014	375.917.590,27
2015	291.335.117,91

Respecto del cumplimiento de plazos, hay que señalar que, estableciendo la LFCP en su artículo 213.1 que el plazo de resolución de la reclamación es de 20 días hábiles desde la interposición de la reclamación, el plazo medio de resolución, teniendo en cuenta la circunstancia del retraso en la aportación del expediente, ha sido de 18 días hábiles.

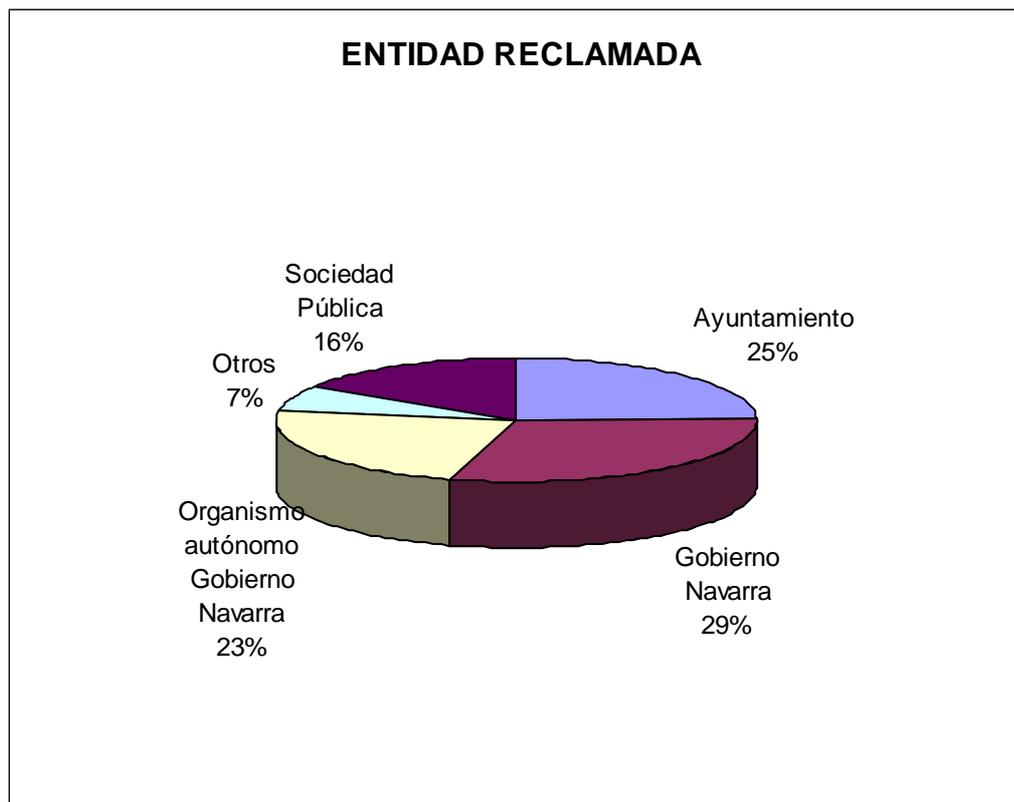
De acuerdo con lo anterior, en el 45,61% de los casos las reclamaciones se han resuelto dentro de los plazos legales (20 días hábiles desde la interposición), incluso en 20 ocasiones se ha resuelto antes de finalizar el plazo, y en el 28,07% de los casos la demora se sitúa entre 1 y 5 días. En el cómputo del plazo de recurso se incluyen no sólo el plazo que el tribunal posee para adoptar y notificar el correspondiente Acuerdo, sino los trámites de solicitud y recepción del expediente – que han generado los mayores retrasos –, así como el plazo de alegaciones a los interesados y, en los casos en que ha concurrido tal circunstancia, el trámite de alegaciones por posible concurrencia de causa de nulidad de pleno Derecho.

La actividad del Tribunal es continua todo el año gracias al nombramiento de suplentes que hacen que, al contrario que la mayor parte de tribunales, el TACPN no suspenda su actividad en periodos vacacionales.

Durante 2015, en 4 ocasiones los acuerdos del TACPN han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que haya recaído sentencia hasta la fecha. A lo largo de 2015 se ha notificado la primera sentencia referida a los asuntos de años anteriores impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, confirmando el criterio del Tribunal y desestimando el recurso del interesado.

Por entidades adjudicadoras, la entidad frente a la que se han formulado más reclamaciones ha sido la Administración de la Comunidad Foral de Navarra con un total de 17 reclamaciones (29,82% del total)

Poder Adjudicador	NUMERO	%
Ayuntamiento	14	24,56%
Gobierno Navarra	17	29,82%
Organismo autónomo Gobierno Navarra	13	22,81%
Otros	4	7,02%
Sociedad Pública	9	15,79%
	57	100,00%



Respecto al acto impugnado, el número y porcentaje de las reclamaciones ha sido el siguiente:

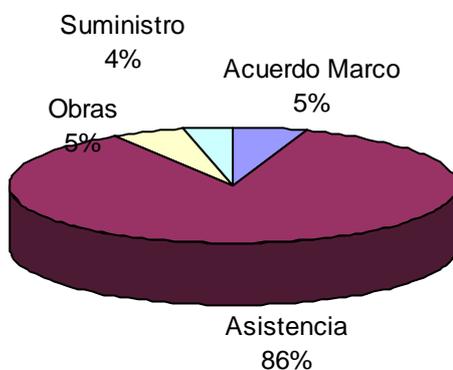
TIPO DE ACTO	NUMERO	%
Adjudicación	35	61,40%
Exclusión licitación	10	17,54%
Pliegos	11	19,30%
Valoración	1	1,75%
	57	100,00%



Por tipo de contrato, el número y porcentaje de reclamaciones ha sido el siguiente:

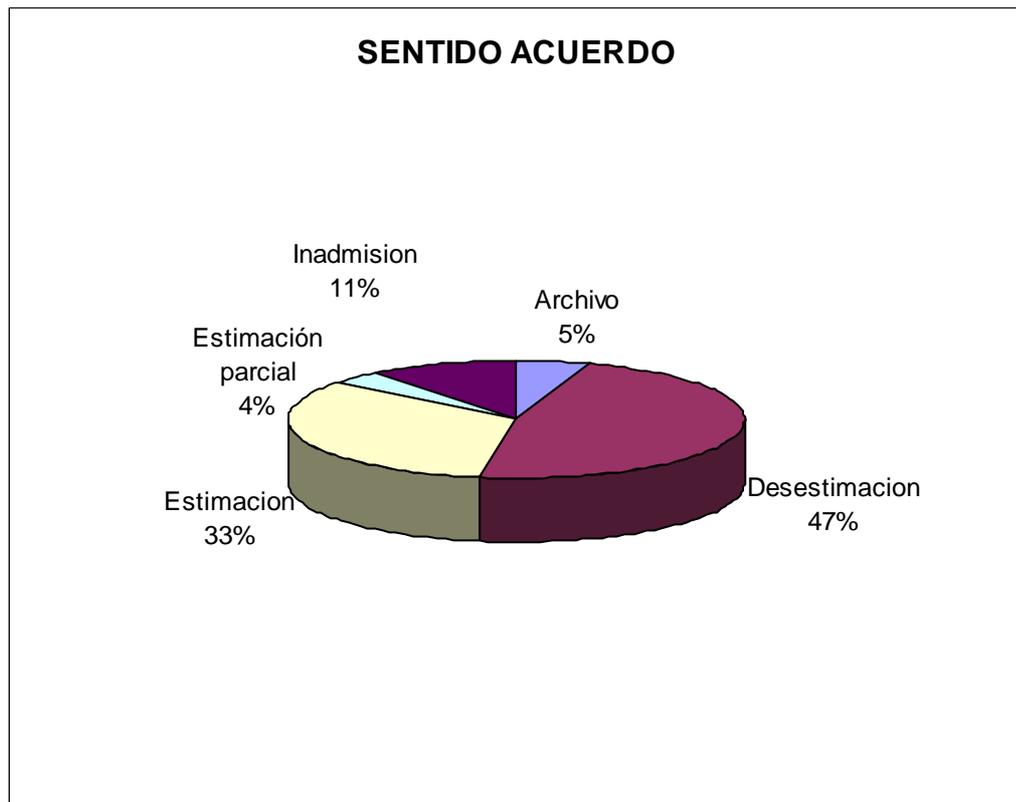
TIPO CONTRATO	NUMERO	%
Acuerdo Marco	3	5,26%
Asistencia	49	85,96%
Obras	3	5,26%
Suministro	2	3,51%
	57	100,00%

TIPO DE CONTRATO



Por sentido del acuerdo, los números y porcentajes de reclamación han sido los siguientes:

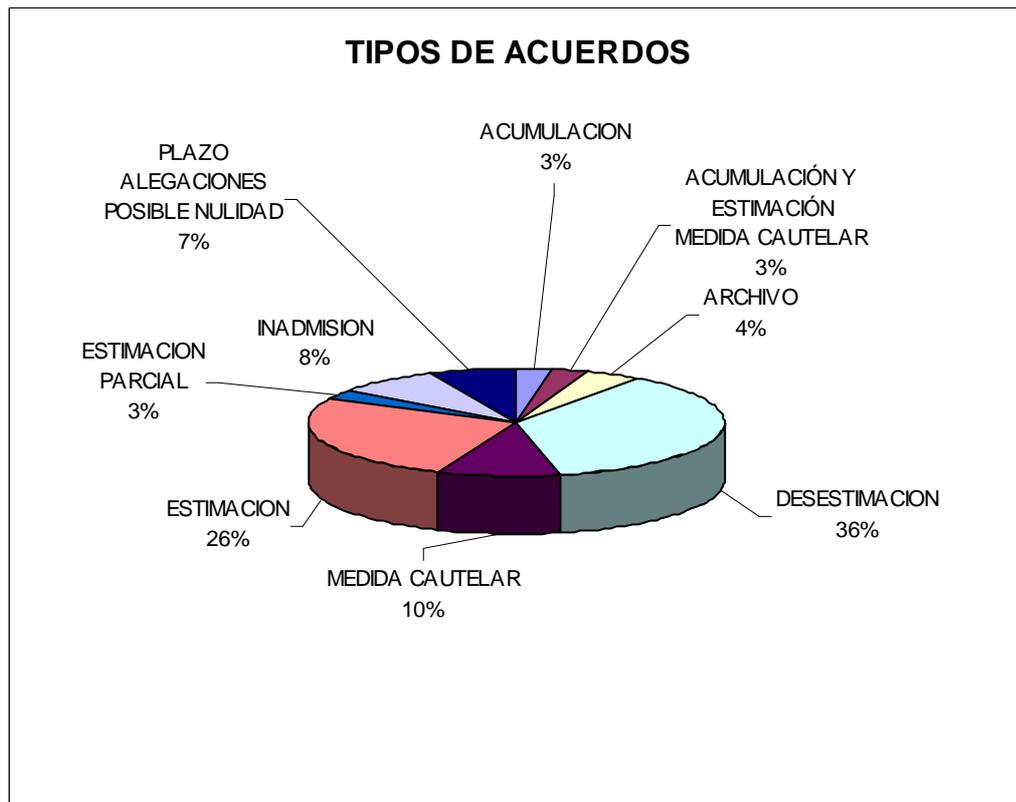
SENTIDO ACUERDO	NUMERO	%
Archivo	3	5,26%
Desestimacion	27	47,37%
Estimacion	19	33,33%
Estimación parcial	2	3,51%
Inadmision	6	10,53%
	57	100,00%



Excluidas las inadmisiones el porcentaje de reclamaciones estimadas (total o parcialmente) ha sido de 43,75%.

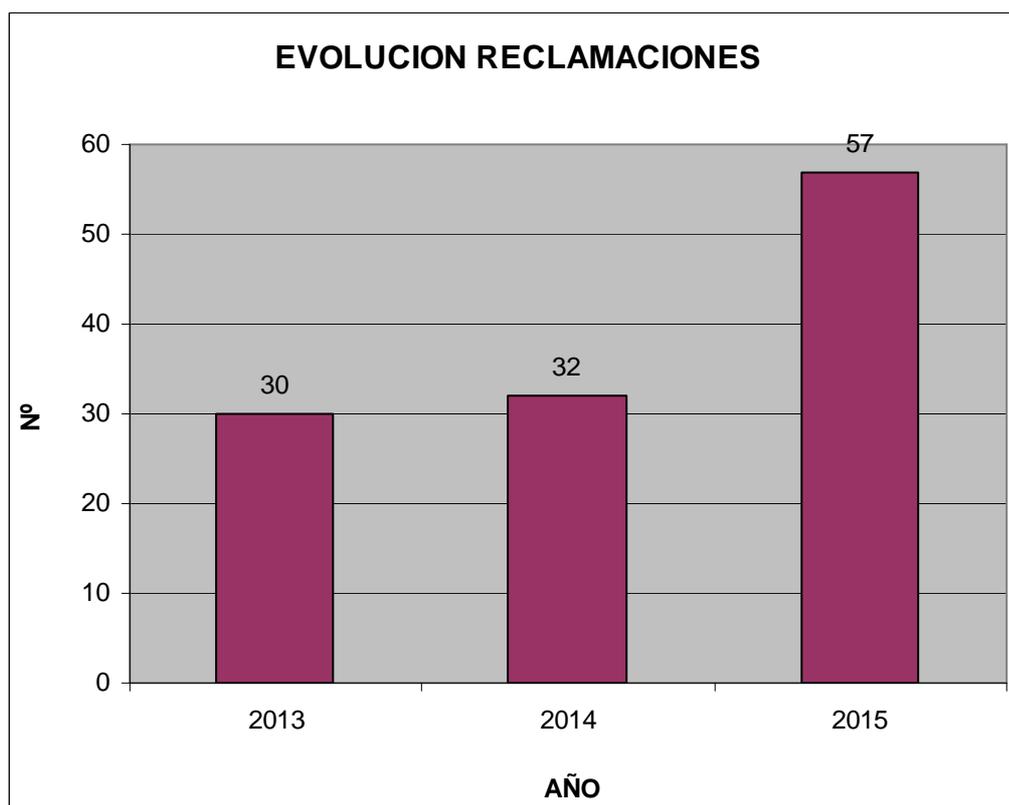
El contenido de la totalidad de los Acuerdos durante el año 2015 es el siguiente:

CONTENIDO	Nº ACUERDOS	%
ACUMULACION	2	2,74%
ACUMULACIÓN Y ESTIMACIÓN MEDIDA CAUTELAR	2	2,74%
ARCHIVO	3	4,11%
DESESTIMACION	27	36,99%
MEDIDA CAUTELAR	7	9,59%
ESTIMACION	19	26,03%
ESTIMACION PARCIAL	2	2,74%
INADMISION	6	8,22%
PLAZO ALEGACIONES POSIBLE NULIDAD	5	6,85%
	73	100,00%



La evolución del número de reclamaciones resueltas desde la creación del Tribunal en abril del año 2013 es la siguiente:

AÑO	Nº RECLAMACIONES
2013	30
2014	32
2015	57



6.- PRINCIPALES CRITERIOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA.

I.- CUESTIONES PROCESALES

a) ausencia de legitimación del presidente de una Asociación de vecinos.

El Acuerdo 13/2015, de 23 de febrero conoció de la reclamación en materia de contratación pública del Presidente de la Asociación de vecinos AUPA GARINOAIN frente a la adjudicación de la obra de reforma de la casa consistorial de Garinóain.

Consideramos que *“ la existencia o no de un interés en el reclamante – y en consecuencia la legitimación activa o la falta de ella para interponer la reclamación – están en íntima y necesaria relación con la posibilidad de participar en una determinada licitación. Siendo por tanto la finalidad de la reclamación proteger la libre competencia y la igualdad de trato entre las personas físicas o jurídicas interesadas”*.

El Tribunal inadmitió el recurso porque la asociación no pretendía participar en la licitación ni representaba el interés directo de ningún interesado en concurrir a ella.

“La única razón que este Tribunal estima que se contiene en el recurso para atacar la actuación del órgano de contratación es la presunta incorrección del proceder del mismo, lo cual se puede perfectamente asimilar con el interés por la legalidad de la contratación pública y el respeto a los principios que la informan que,

como hemos señalado, no es suficiente según nuestra jurisprudencia, para otorgar legitimación al recurrente”.

b) inadmisión por falta de presentación telemática de la reclamación.

Los Acuerdos 72/2015 y 32/2015 inadmitieron las reclamaciones porque no fueron presentadas de forma telemática.

El Acuerdo 72/2015, de 30 de diciembre, enfatiza en que la tramitación enteramente telemática del procedimiento a través del Portal de Contratación de Navarra, no es “un derecho, sino (...) una obligación de los intervinientes en el mismo. Por ello, no cabe admitir opciones sobre la forma de presentación, salvo cuando se acredite que ha existido un error técnico y, consecuentemente, la presentación por otro medio que no sea el cauce electrónico del Portal de Contratación de Navarra, debe conllevar ineludiblemente la inadmisión, sin posibilidad alguna de subsanación”.

II.- CUESTIONES DE FONDO.

a) El Pliego como ley del contrato y el principio de interpretación literal.

El Acuerdo 3/2015, de 27 enero de 2015 analiza una exclusión porque la oferta superaba la extensión exigida y el tipo de letra utilizada (el límite era de 20 caras en DIN A4 con fuente Arial 12).

El Tribunal constató que la consecuencia que el pliego determinaba para quienes se excedieran en extensión era la exclusión y aplico la doctrina que considera al pliego como “lex inter partes” y el artículo 1281.6 del Código Civil, que establece que “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas” (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o de 13 mayo de 1982).

b) Omisión de información de personal a subrogar: nulidad del procedimiento.

El poder adjudicador no concretó en el pliego si existía personal adscrito al servicio y, en su caso, y según convenio colectivo, el mismo es subrogable y el Tribunal mediante Acuerdo 7/2015, de 11 febrero puso de manifiesto que si “*la oferta económica deberá reflejar el precio total ofertado, referida a la ejecución de los trabajos*” ello “*exige su formulación en términos adecuados contemplando todos los costes que la prestación del servicio genera para el licitador que resulte adjudicatario, entre los que deben incluirse también los costes laborales que deberían ser asumidos por resultar de las condiciones de los contratos de los trabajadores que sería necesario subrogar*”.

Concluyó que “*las Condiciones reguladoras que rigen la licitación del contrato deben establecer con la suficiente precisión todos los elementos que caracterizan la contratación que se vaya a efectuar, sin que puedan quedar indeterminados elementos esenciales de la misma, y entre ellos, las condiciones técnicas, entre la que debe incluirse la determinación de las condiciones del personal a subrogar cuando*

pueda existir una apariencia de que puede existir obligación de subrogación, pues conllevarían una indefinición del objeto mismo del contrato”.

c) Imprecisión de las mejoras.

Han sido muchos los Acuerdos que abordan la imprecisión de las mejoras y de la forma en que debían ser valoradas.

En el Acuerdo 10/2015, de 18 de febrero de 2015 se ponen de manifiesto dos claros problemas con la regulación de las mejoras. El primero, el desconocimiento de qué mejoras pueden ser admitidas por el carácter abstracto de la formulación de la definición de las mejoras admisibles, cuya oferta queda al libre arbitrio del licitador y cuya admisión a la libertad del poder adjudicador y, el segundo, con qué criterios se realizará la valoración de las mismas.

Advertimos que la entidad contratante pretendió definir el ámbito de las mejoras, al detallar en qué aspectos, genéricos, pueden admitirse, pero con tanta amplitud que deja un grado de abstracción excesivo para que sea posible conocer de antemano qué mejoras podrán admitirse (“Bajo el epígrafe eficacia energética, incremento de reciclaje o campañas de sensibilización pueden tener cabida multitud de acciones cuya indeterminación ocasiona la nulidad del criterio”).

El Tribunal aludió a la STJUE de 22 de abril de 2010 Comisión contra Reino de España que afirmaba que *“en el anuncio de licitación debe figurar tanto el objeto principal como los objetos adicionales del contrato, la descripción y el lugar de las obras de la concesión, y la cantidad o extensión global de éstas. Esta obligación de publicidad, debido a que conlleva la posibilidad de comparar las ofertas, garantiza la existencia de un nivel adecuado de concurrencia”.*

d) ofertas anormalmente bajas. Justificación. Costes laborales.

Han sido varios los acuerdos que este año han versado sobre la viabilidad económica de las ofertas. En concreto, los Acuerdos 12, 36, 57 a 58, 61 a 63, 65 abordaron esta materia. Más en particular en lo que afecta a la relación de la oferta con los costes laborales algunos de los pronunciamientos reseñables fueron los Acuerdos 12/2015, 68/2015, 69/2015.

Particular influencia en la resolución de los mismos tuvo la aprobación de la Ley Foral 1/2015, de 2 de febrero de 2015, que modifica el artículo 49.3 de la LFCP para, en lo que afecta a estas reclamaciones, obligar a que los condicionados incluyan las siguientes obligaciones: *“(…) 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.”*

Ello se relaciona con las nuevas previsiones de las directivas sobre contratación pública para la protección de los derechos laborales. Los Considerandos 37 y 105 de la Directiva 2014/24 ponen énfasis en la necesidad de adoptar las medidas pertinentes para garantizar no solo las disposiciones nacionales, de la Unión, y de los convenios colectivos en el ámbito medioambiental, social y laboral. Igualmente, el artículo 18.2 exige a los Estados adoptar medidas para garantizar que en la ejecución del contrato se cumplen *“ las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.* Igualmente, el Considerando 103 y el artículo 69.3 obliga a los poderes adjudicadores a rechazar las ofertas anormalmente bajas si se comprueba

que no se cumple con las obligaciones aplicables señaladas en el artículo 18.2, que incluyen los convenios colectivos y la restante normativa laboral.

Sobre esta base, el sentido de los pronunciamientos del Tribunal ha sido diverso.

En el Acuerdo 12/2015, de 23 de febrero de 2015 se estudiaba la adecuación o no de la exclusión de una oferta anormalmente baja. La motivación para llevar a cabo dicha exclusión consistía fundamentalmente en una reducción drástica de los costes de recursos humanos:

“No es relevante para este Tribunal la argumentación del informe técnico sobre que “MANTELEC S.A.” pueda pactar un sueldo diferente al que por la vía que corresponda logre frente el resto de competidores. Sin embargo, lo que resulta indudable es que todo licitador debe respetar la legislación laboral. Particularmente, la oferta económica de “MANTELEC S.A.” debe ser suficiente para responder de sus obligaciones laborales. Como pone de manifiesto el informe, e incluso las alegaciones vertidas por el propuesto como adjudicatario, la reducción económica que pretende justificar del coste laboral es extraordinaria y conlleva un incumplimiento claro de las condiciones laborales que no puede ser permitido, y en consecuencia, no puede servir para justificar la oferta.

El propuesto como adjudicatario resulta gráfico al señalar que la reducción de costes de los recursos humanos que cifra entre 44,32% y un 72,11% “no resulta justificada pudiendo presumirse que el contrato no va a poder ser ejecutado de forma correcta y pactada”, y que los convenios con técnicos beneficiosos justifiquen que sus costes pasen de 115.681,82 euros a 2.274,80 euros”.

En el Acuerdo 69/2015, de 21 de diciembre, se puso el acento en que para que el cumplimiento de la normativa laboral se produzca en la ejecución el punto de partida es que la oferta económica sea adecuada a ella.

“Si bien la reclamación en materia de contratación pública tiene un claro carácter precontractual ya que su función principal es impedir la formalización de contratos litigiosos (considerandos 4 y 6 de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos) y que, por ello, su ámbito de aplicación se circunscribe a los actos de trámite o definitivos que excluyan de la licitación a las empresas, profesionales e interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público o perjudiquen sus expectativas en dicho procedimiento (artículo 210 de la LFCP), no cabe duda de que el control de la legalidad de las proposiciones de los licitadores y, por ende, su ajuste a los pliegos que rigen la licitación, se encuentra comprendido en el ámbito de la actividad revisora del órgano encargado de resolverla. (...)

Pues bien, en este caso el reclamante denuncia un incumplimiento del licitador (una oferta por debajo de los costes de convenio) que pudiera constituir tanto una infracción de la norma (artículo 49.3, letra b, de la LFCP) como del PCAP (cláusula decimoséptima) que regulan el contenido de la oferta. (...)

Dando por sentado que las ofertas económicas presentadas deben ajustarse a lo previsto en la norma y en el PCAP y que corresponde a la Mesa de Contratación o, en su caso, a la unidad gestora del contrato, apreciar este ajuste antes de proceder a su valoración, la dificultad con la que nos encontramos en este caso es concretar qué parámetros debemos utilizar para realizar la comprobación de este cumplimiento en situaciones, como esta, en las que la norma fija como referencia un concepto jurídico indeterminado. (...)

A estos efectos, si para realizar la comprobación de la “adecuación” de la oferta se tuviera en cuenta el coste de todos los conceptos salariales posibles (fijos y variables), calculado en el momento de la publicación del anuncio de licitación, se correría el riesgo de excluir ofertas que en el momento del inicio de la ejecución del contrato serían perfectamente ajustadas a lo previsto en la norma, conforme a lo dicho en el fundamento anterior, lo que supondría una grave infracción de los principios de concurrencia e igualdad de trato. Además, debemos tener en cuenta que lo que la norma exige -que la oferta económica sea adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial- viene referido al precio total ofertado, precio que se fija para todo el año de duración del contrato. Por tanto, desde el principio y a lo largo de todo un año el empresario puede sufrir infinidad de vicisitudes en materia de personal que pueden suponer que el salario que abone a sus trabajadores, siempre ajustado al convenio, sea cambiante, de forma que aunque cumpla con el convenio y esto le suponga mayores costes, en aplicación del principio de riesgo y ventura vigente en todo contrato público (artículo 98 de la LFCP) no podrá exigir a la Administración el abono de mayor precio, ni tampoco se le podrá abonar menor precio del ofertado cuando el coste salarial sea menor que el inicialmente calculado. Consecuencia de todo lo dicho es que una oferta económica que sea superior a los costes invariables que supone la aplicación del convenio sectorial y la correspondiente cotización a la Seguridad Social debe ser aceptada aunque, como en este caso, sea inferior a los costes fijos más el coste variable que supone la antigüedad del personal en el momento preciso de la licitación que, recordamos, no es el momento del inicio de la ejecución del contrato.

Por el contrario, 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 ese caso no podrá nunca el adjudicatario cumplir la exigencia normativa.

Lo dicho debe entenderse sin perjuicio de que el adjudicatario estará obligado a cumplir desde el inicio de la ejecución y durante toda la vigencia del contrato lo previsto en el artículo 49 y de que la entidad contratante estará obligada a comprobar este cumplimiento en ejercicio de sus facultades de supervisión e inspección de la ejecución contractual (artículo 102.1 de la LFCP), pudiendo, en caso de incumplimiento del contratista, resolver el contrato e inhabilitar al adjudicatario o continuar con la ejecución por el mismo contratista con la imposición de una penalidad del 35 por ciento del precio del contrato, tal y como dispone el apartado 5 del mismo artículo 49 de la LFCP”.

e) requisitos para la reserva de contratos.

La LFCP regula la reserva de contratos en su artículo 9, según redacción dada por la Ley Foral 13/2009, de 9 noviembre disponiendo que: “1. Las entidades públicas sometidas a la Ley Foral deberán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro y Centros de Inserción Sociolaboral o reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas o en situación de exclusión social que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias y/o carencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales”.

El Acuerdo 21/2015, de 17 de marzo, aborda el estudio de los requisitos que debe reunir una empresa para poder ser considerada como sujeto de participar en una contratación reservada. En el concreto asunto, para entender si existía ánimo de lucro o no se puso el acento en observar si se repercutían o no la totalidad de los posibles beneficios en la propia institución, sin que tenga que concurrir, siempre a efectos de contratación pública, ni la declaración de utilidad pública ni de la imprescindibilidad.

“En definitiva un Centro Especial de Empleo carece de ánimo de lucro cuando repercute la totalidad de los posibles beneficios en la propia institución y si figura calificado e inscrito en el registro de la Administración competente, puede concluirse que reúne los requisitos por el artículo 9 de la LFCP. (...)

Dado que no existe ninguna otra determinación en los Estatutos de la sociedad en lo relativo a la aplicación de los posibles beneficios, atendiendo al antes citado artículo 1.665 del Código Civil (la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias) y a los artículos 2, 93, 95 y 273 de Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que acertadamente trae a colación la reclamante, es evidente que GRUPO SIFU tiene carácter mercantil; sus socios tienen derecho a participar en las ganancias sociales; la sociedad está obligada a acordar el reparto de las ganancias sociales y su Junta General está obligada a resolver sobre la aplicación de estos resultados tras cumplir con las demás obligaciones legales”.

f) procedimiento de negociación en que se revelan las ofertas.

En el Acuerdo 33/2015, de 9 junio, se estudiaba una reclamación en que se denunciaba el modo de negociar la mejor oferta económica por el órgano de contratación. Después de haber recibido las ofertas de los licitadores, sólo dos, la unidad gestora del contrato, mediante correo electrónico, procedió a comunicarles cuál había sido el menor precio sin ocultar quienes eran los destinatarios, invitándoles en el mismo acto a presentar una mejora de su oferta inicial.

El Tribunal concluyó que el hecho de que se revelen todas las ofertas y quiénes son los licitadores vicia el procedimiento.

“(...) la inaplicación a las ofertas de un procedimiento negociado la exigencia de secreto impuesta a las proposiciones debe serlo a los solos efectos de entender que no resulta preceptivo que las ofertas se presenten en sobre cerrado y separadas de la documentación administrativa, ni que todas las ofertas recibidas sean abiertas en acto único y simultáneo, ya que nada impide que se vayan examinando a medida que se van recibiendo para, con base en dicho examen, el órgano de contratación proceda a iniciar la negociación prescrita.

Es más, las ofertas en el procedimiento negociado también deben considerarse afectadas por el carácter reservado o secreto que se impone a los datos que los interesados presentan ante las Administraciones Públicas, con lo que si bien las ofertas pueden ser utilizadas por el órgano de contratación, no pueden ser públicas frente al resto de los licitadores, carácter reservado que debe ser mantenido durante toda la fase de negociación como garantía de que todos los licitadores que participen en la negociación reciban igual trato y ninguno de ellos se encuentre en posición ventajosa respecto del resto.

Consecuencia de lo señalado, el órgano de contratación debe acordar todas las prescripciones necesarias para asegurar que no trascienda a los licitadores ninguna información que pueda suponer el otorgamiento de alguna ventaja que haga quebrar el principio de igualdad y no discriminación impuesto. (...)

debiendo iniciarse la negociación con posterioridad al momento en el que la unidad gestora del contrato abrió las ofertas de los licitadores, establece el condicionado que debía enviárseles un correo electrónico para comunicarles cual había sido el menor precio ofertado e invitarles a mejorar la oferta inicial, pero en todo caso ocultando quien había sido la empresa que había ofertado dicho mejor precio. De esta forma asume lo indicado por la Junta de Contratación Pública de

Navarra en su Circular, en el sentido de que la información proporcionada no debía mencionar a qué candidato correspondía la mejor oferta recibida ni la posición de los participantes en el conjunto de la negociación. (...)

Es cierto que el texto del correo remitido a los licitadores cumple con la señalada prevención, pues en ningún caso les comunica la identidad del candidato que ha presentado la mejor oferta económica inicial. No obstante, la forma de remisión conjuntamente a las dos únicas empresas licitadoras que formularon oferta inicial en vez de utilizar copia oculta, conllevó que se conociera la identidad de cada una de ellas y, obviamente, la identidad del candidato que formuló la mejor oferta inicial.

Así pues, asiste razón a la parte reclamante cuando afirma que el hecho de que la empresa adjudicataria pudiera conocer quien era la otra y única competidora, le permitió conocer quién era la empresa que había realizado la mejor oferta inicial, en contra de lo estipulado en las condiciones esenciales del contrato.

Por el contrario, la alegación vertida por la Secretaría General Técnica del Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales, en la que manifiesta la posibilidad de conciliar la exigencia de igualdad de trato entre los licitadores y la información proporcionada sobre los precios ofertados por las otras empresas participantes en la negociación, no puede ser admitida en tanto en cuanto no contempla la transmisión de la identidad de los candidatos, especialmente en el supuesto de autos en el que la única existencia de dos empresas ha conllevado que la empresa adjudicataria conociera la identidad del candidato que realizó la mejor oferta inicial, máximo cuando, además, el económico fue el único criterio a negociar”.

g) Empresas vinculadas. Contratación y competencia.

El Acuerdo 27/2015, de 11 de mayo examina la procedencia de la exclusión de dos empresas vinculadas.

El Tribunal estudia la conexión de la previsión del artículo 55 de la LFCP que determina la exclusión de las empresas vinculadas y la jurisprudencia europea sobre la materia. Dejando sentado que la prohibición del 55 no se aplica de forma absoluta, el Tribunal alude a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 19 de mayo de 2009, (Asunto C 538/07, Assitur).

“(...) el *TRLCS*P, a diferencia de la *LFCP*, excepto para los contratos de concesión de obras públicas, no prohíbe que empresas vinculadas concurren separadamente a una contratación pública, y en el resto de los contratos, la presentación de ofertas vinculadas solo tendrá influencia en lo que se refiere al régimen reglamentario de las ofertas con valores anormales o desproporcionados.(...)”

Ciertamente, la opción que muestra la *LFCP* contrasta con la ofrecida por el artículo 145 *LCSP*, pues si bien la norma foral contempla la inadmisión para todos los supuestos contractuales, la norma estatal prevé únicamente dicho efecto en el caso de las concesiones, mientras que en el resto de los contratos aplica unas consecuencias no previstas en la primera. (...)

La primera conclusión de esta doctrina es que es compatible con el Derecho de la UE el establecimiento prohibiciones de contratar “con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia” siempre y cuando sean 31 proporcionales, doctrina que ya había sido adelantada en la *STJUE* de 16 de diciembre de 2008 (*Michaniki*).

La segunda conclusión es que, si bien la compatibilidad de la norma con el Derecho Comunitario exige que, si bien no cabe que una normativa nacional

establezca presunciones iuris et de iure que determinen la exclusión automática de las empresas vinculadas, en cuanto vulneraría el principio de proporcionalidad en la medida que no concedería a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre los licitadores, a sensu contrario se impone que en dichos casos de vinculación opere una presunción iuris tantum, de colusión potencial entre los participantes en el procedimiento de contratación que puede ser dejada sin efecto siempre que los mismos acrediten lo contrario.

Por ello, la tercera conclusión resultante de la parte dispositiva de la Sentencia es que la carga de la prueba se puede trasladar válidamente a las empresas y son ellas las que deben demostrar que su comportamiento no ha influido en la licitación.(...)

En dicho contexto, las empresas vinculadas tienen derecho a no se excluidas del procedimiento de contratación cuando acrediten o bien cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, y en especial en las licitaciones públicas o bien la existencia de disposiciones particulares, en particular los de naturaleza contractual, que garanticen la independencia de ambas ofertas y, en todo caso, el secreto de las mismas.

A partir de aquí, la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exigiría un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a la entidad adjudicadora, que si constata tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión.

Sin embargo, no resulta necesario que resulte probada, tal como exige la entidad que ha resultado adjudicataria, la existencia de colusión o de la alteración del precio, lo que no vendría a ajustarse a la doctrina de la STJUE Assitur porque, en definitiva, lo que se trata de garantizar es que, en aras del principio de igualdad de trato, las empresas vinculadas tengan un comportamiento independiente en su política comercial y demuestren que la oferta de cada una de ellas fue elaborada de modo autónomo y sin conocimiento de la oferta de otra empresa vinculada en evitación de que un grupo comercial, aprovechándose de un entramado societario, tenga más opciones de adjudicarse un contrato. (...)

Pues bien, con arreglo a la doctrina resultante de la jurisprudencia examinada cabe concluir que la noción fundamental que constituye la esencia de una vinculación entre empresas viene constituida por la "unidad de decisión", concepto que ampara tanto aquellos supuestos de grupo vertical, en el que una sociedad domina a otras por medios societarios directos, como otras situaciones de control indirecto, dirección única de varias personas físicas o jurídicas que actúan sistemáticamente en concierto a través de cualesquiera otros medios como pueden ser la coincidencia de consejeros o altos directivos ”.

h) la valoración del criterio precio

El Acuerdo 35/2015, de 17 de junio analiza la aplicación de la fórmula del criterio económico utilizada (inversamente proporcional) y los efectos que produce en el supuesto concreto. El Tribunal pone de relieve la forma de valorar el criterio precio no resulta neutra, pues dependiendo de la fórmula utilizada, el peso asignado al precio en la puntuación total puede sufrir matizaciones, por lo que procede analizar en el caso concreto si la misma refleja que diferencias importantes en los precios ofertados refleje

también diferencias importantes en las puntuaciones asignadas o, por el contrario, distorsiona o minimiza la ponderación atribuida por los PCAP al factor precio.

“En definitiva, se trata de determinar si la fórmula elegida en los PCAP para valorar el criterio de adjudicación precio permite otorgar la totalidad de la puntuación que dice otorgar, porque si la puntuación nominal no coincide con la puntuación real, nos encontraremos en presencia de un fraude de ley.

Desde esta perspectiva, en este caso, abundando en la fórmula adoptada por la entidad contratante en los PCAP para valorar el criterio precio, procede cuestionarse si la ponderación establecida de los criterios subjetivos es superior a la efectivamente asignada a los criterios valorados mediante fórmulas, es decir, si al menos 50 de los 100 puntos a otorgar quedarán fijados de forma matemática.

En el caso de la fórmula empleada por la entidad contratante para valorar el factor precio, se comprueba que en el caso de que ninguno de los licitadores ofrezca ninguna baja respecto del presupuesto tipo, sus ofertas obtendrán en ese criterio 45 puntos.

Y también se constata que el licitador que no haya bajado nada podrá obtener, como poco, 42,75 puntos, para el caso de que hubiera otra oferta admitida que bajara hasta el máximo precio sin que pudiera presumirse oferta anormalmente baja, considerada en el PCAP cuando resulte inferior al 5 por 100 del precio de licitación, lo que supone que ya antes de comenzar la licitación, todo licitador tiene asegurado 42,75 puntos.

En definitiva, como poco, sobre 45 puntos fijados como máximo al criterio precio en los PACP, no están en juego 42,75 puntos. O dicho de otro modo, sólo están en juego 2, 25 puntos sobre un máximo de 45 puntos. Por ello, se puede concluir no sólo que no existe coincidencia entre la valoración nominal y la real del criterio precio, sino que la fórmula elegida por la entidad contratante distorsiona de una manera muy importante la ponderación atribuida al mismo en los PCAP.

De esta manera, resulta acreditado que el artículo 51 LFCP ha resultado vulnerado por cuanto los criterios sometidos a fórmula matemática quedan reducidos a 7,25 puntos, resultantes de los 5 puntos máximos atribuibles a la ampliación del horario y los 2,25 puntos máximos que como máximo cabe obtener en la oferta económica.

A mayor abundamiento, resulta que únicamente están en juego 57,25 puntos de los 100 otorgables, con lo cual, en aplicación del artículo 51 LFCP, resultaría exigible que 28,63 puntos fueron valorados de forma automática pero, siendo que únicamente pueden serlo 7,25 puntos, se constata que la ponderación real de los criterios objetivos no es del 50 por 100 sino del 12, 66 por 100 y los PCAP incurren en infracción legal. Siendo así, mientras los licitadores pueden obtener la mayor parte de la valoración consignada en el criterio precio, por el sólo hecho de presentar sus ofertas, la obtención de puntuación en los criterios sometidos a valoración técnica exigen su esfuerzo para presentar ofertas técnicas merecedoras de buena puntuación técnica en todos y cada uno de los subcriterios de valoración, como acontece en el caso de los objetivos del proyecto educativo o de la organización escolar, en los que se puede obtener sólo un máximo de 5 puntos, la propuesta pedagógica, que sólo permite obtener un máximo de 10 puntos, lo mismo que en el caso del proyecto de gestión económico administrativa.

(...) De conformidad con las consideraciones expuestas, resulta cierto, tal como sostiene la reclamante, que la ponderación de la oferta económica resulta prácticamente irrelevante, de modo que la discrecionalidad del órgano de contratación en la valoración de los criterios subjetivos será la determinante en la selección del adjudicatario del contrato.

En conclusión, de conformidad con todo lo expuesto, se constata que las fórmulas empleadas en los PCAP para valorar el criterio de adjudicación correspondiente a la oferta económica no sirven para ordenar las ofertas ni para seleccionar la más ventajosa, resultando contrarios a las exigencias consignadas en el artículo 51 LFCP y a los principios rectores que deben regir la contratación pública”.