



Expte: R 075/2016

ACUERDO 66/2017, de 30 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)” contra la adjudicación de la asistencia de "Implantación del documento y expediente electrónico del Ayuntamiento de Pamplona", promovida por “Asociación Navarra de Informática Municipal, S.A.”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de octubre de 2016 la “Asociación Navarra de Informática Municipal, S.A. (ANIMSA)” publica en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato para la implantación del documento y expediente electrónico del Ayuntamiento de Pamplona por procedimiento abierto.

Con fecha 24 de noviembre de 2016 “ANIMSA” comunica a los participantes en la licitación que ha adjudicado el contrato a la mercantil “Odei, S.A.”

SEGUNDO.- El día 5 de diciembre de 2016, según consta en el expediente electrónico generado por la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, el usuario “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)”, realizó un total de 63 interacciones con el sistema de control de acceso y representación entre las 18:05 horas y las 18:49 horas, sin que lograrse presentar la reclamación en materia de contratación pública.

Según consta en el informe de 31 de mayo de 2017 del Servicio de Sistemas de Información Corporativos, servicios técnicos encargado del mantenimiento de la aplicación, el sistema funcionó correctamente en ese lapso de tiempo entendiéndose que ello se debió a “... un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, Java, vista de compatibilidad...), ya que dependiendo de los

navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de Presentación de reclamaciones funcione correctamente.”

No obstante dicha información, consta en el expediente electrónico que el día 5 de diciembre de 2016 don J.N.M., en nombre y representación de la mercantil “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)” interpone reclamación en materia de contratación pública contra la adjudicación del citado contrato, que se basa en las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que en la oferta, a efectos de que se le valorase en el criterio de adjudicación “Calidad en la prestación”, subapartado “Experiencia del personal destinado a la ejecución del contrato” dotado con un máximo de 30 puntos presento los perfiles de tres personas: uno para el perfil archivístico, otro para el de derecho administrativo y para el perfil tecnológico.

En el perfil archivístico, los proyectos valorados no corresponden a los proyectos presentado en la oferta puesto que ninguno corresponde a la persona propuesta. Existe, por tanto, un error en la valoración.

En el perfil de derecho administrativo no se han valorado todos los proyectos de la persona propuesta y se han valorado dos proyectos que no le corresponden, lo que es un nuevo error en la valoración. Igualmente en la valoración del perfil tecnológico no se han valorado todos los proyectos presentados y también se han incluido dos que no les corresponde.

b) Aunque la Administración goza de un margen de discrecionalidad en la valoración de las ofertas este margen no puede ser impugnado, salvo que no se hayan respetado los límites de esa discrecionalidad, como las reglas de procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias que rodean a ese juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.

En la valoración impugnada se observan errores palmarios e incongruencias que impiden que la discrecionalidad técnica sea inatacable.

Considera que la adjudicación no está ajustada a Derecho, ya que no se encuentra suficientemente motivada y no responde a una decisión de carácter técnico e interpretativo puesto que adolece de errores manifiestos.

En consecuencia, solicita declarar nula la adjudicación revocando la misma y ordenar la elaboración de un nuevo informe de valoración técnica ajustado a la realidad.

TERCERO.- El 23 de diciembre de 2016 ANIMSA aporta la documentación del contrato y presenta las siguientes alegaciones, que se transcriben en síntesis:

a) Que en las tablas del informe técnico no se recogen todos los proyectos presentados en la oferta, sino solamente aquellos que la mesa de contratación consideró similares al proyecto objeto del contrato.

Además, se ha considerado como tal no solo las experiencias aportadas por las personas que componían el equipo principal, sino también la de aquellas que figuran como adicionales. Basta una simple lectura del informe técnico de valoración para comprobar que solo se han tenido en cuenta los proyectos similares por lo que el reclamante no trata de justificar, ni siquiera mínimamente la similitud de los proyectos con el contrato objeto de licitación.

Señala que en ningún caso puede ser valorados como similares los proyectos realizados para entidades que no pertenecen al sector público ni aquellos proyectos cuya denominación no son más que meras descripciones que no pueden englobarse con los objetivos señalados en el Pliego de prescripciones técnicas.

Admite que si ha existido un error en la valoración del perfil tecnológico, pero que no ha tenido incidencia en la puntuación final, como es el de valorar el proyecto

“Definición funcional de facturas para la Dirección General de Justicia” cuando se debía haber valorado en el perfil archivístico.

Lo que en definitiva pretende la reclamación es revisar las valoraciones pretendiendo hacer valer que ha existido un error manifiesto que no ha ocurrido.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación y la confirmación de la adjudicación del contrato.

CUARTO.- Mediante Acuerdo 30/2017, de 26 de junio, el Tribunal pone en conocimiento de los interesados la existencia de posibles causas de nulidad de pleno derecho, advertidas de oficio en los pliegos del contrato "Implantación del documento y expediente electrónico del Ayuntamiento de Pamplona", otorgando un plazo de tres días naturales para presentar alegaciones. En concreto, se plantean de forma sintética las dos posibles causas de nulidad:

a) La experiencia que se valora como criterio de adjudicación es la que se ha obtenido en el sector público y sobre todo, en los Ayuntamientos, lo que supone una restricción de la competencia que otorga ventaja a los actuales proveedores de servicios de los Ayuntamientos.

b) En segundo lugar, se plantea la valoración de la experiencia como criterio de adjudicación, dado que de acuerdo con la doctrina de la Unión Europea, se circunscribe a los contratos de carácter intelectual y de especial complejidad, por lo que en un contrato de implantación de unos sistemas electrónicos de tramitación no cabe su valoración.

QUINTO.- Con fecha 29 de junio don J.A.P., en representación de “Asociación Navarra de Informática Municipal, S.A. formula alegaciones en relación con la posible existencia de causas de nulidad de pleno derecho, que se exponen de forma resumida:

Considera que la fijación de dichos criterios de adjudicación se halla dentro de la discrecionalidad administrativa, dado que no es lo mismo adaptar un sistema electrónico de procedimiento administrativo en un ente local que en otra administración, ya que los entes locales cuentan con una amplia normativa específica de la que carecen otras administraciones, especialmente los Ayuntamientos de Gran Población como Pamplona.

También es diferente la experiencia informática en un ente local con otra en el sector privado, cuyos procedimientos considera que son ajenos a los procedimientos y trámites de carácter administrativo implantados en una Administración Pública.

En vista de que el objeto del contrato es la adaptación de los procedimientos administrativos del Ayuntamiento de Pamplona y de las entidades que componen su sector público, se entiende justificada la mejor valoración de aquellas ofertas que guarden una mayor relación y especialización con las particularidades del sujeto al que hay que prestar el servicio.

Aduce doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales y de otros Tribunales de Contratación que atribuye a la Administración la potestad para configurar el contrato y establecer las especificaciones técnicas necesarias.

En segundo lugar, respecto a la calidad de los perfiles archivísticos y de derecho administrativo considera que afectan de forma significativa a la ejecución del contrato, en vista de la categoría a la que se halla adscrita el contrato, CPV nº 722240001 “Servicios de consultoría en gestión de proyectos”, al entender que el contrato además de ejecutar una adaptación de sistemas electrónicos implica el previo y detallado conocimiento legal y de gestión archivística de los procedimientos y archivos administrativos del ente municipal.

Por último, alega que del informe técnico del Servicio de Sistemas de Información Corporativos del Gobierno de Navarra de fecha 31 de mayo de 2017 se deduce con toda claridad que el recurso interpuesto es inadmisibile por extemporáneo, toda vez que los problemas informáticos trajeron causa del propio recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por una entidad legitimada y fundamentada en los motivos legalmente tasados, todo ello de acuerdo con los requerimientos del artículo 210 LFCP.

TERCERO.- En primer lugar, procede examinar la admisión de la reclamación interpuesta.

La aplicación de los supuestos de inadmisibilidad de la reclamación constituye una cuestión de orden público para la adecuada ordenación del procedimiento y la garantía de seguridad jurídica, y por tanto apreciable de oficio por este Tribunal, con independencia de que alguno de ellos haya sido invocado o no por alguna de la entidad reclamante o por licitadores interesados en el procedimiento.

Las causas de inadmisión de la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en materia de contratación pública se regulan en el artículo 212.3 LFCP, bajo la rúbrica "Resolución de la reclamación", según redacción introducida por Ley Foral 14/2014, de 18 de junio, que vino a modificar el texto vigente de la LFCP desde la Ley Foral 3/2003, de 25 de febrero, suprimiendo el trámite específico de admisión de la reclamación a través del cual el Tribunal debía resolver sobre la admisión a trámite de la reclamación una vez presentada y, en su caso, completada, de modo que sólo en el caso de que fuera admitida, procedía su notificación a la entidad contratante y el requerimiento del expediente de contratación, trámite que venía regulado en el artículo 212 LFCP bajo la rúbrica "Tramitación de la reclamación", en el que también se incluía la regulación de las causas de inadmisión.

Por tanto, como consecuencia de la voluntad del legislador foral, no existe actualmente un trámite previo de admisibilidad de la reclamación interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, órgano que por imperativo legal se ve abocado a controlar la concurrencia de los requisitos procedimentales que permiten adoptar una decisión sobre el fondo en el acuerdo que decide sobre la misma, si bien con carácter previo a ésta, de manera que en el supuesto de apreciación de alguno de que los supuestos de inadmisión, el acuerdo del Tribunal debe conllevar una declaración de inadmisibilidad que veda todo posible pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Siendo así, el momento procedimental oportuno para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre la admisión o inadmisión de la reclamación planteada por la mercantil “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)” es este Acuerdo y no en ningún otro trámite procedimental anterior, lo que excluye toda posibilidad legal de resolver sobre la admisión de una reclamación en el denominado "incidente de nulidad" regulado en el artículo 213.2 LFCP, conforme al cual este Tribunal puede advertir a las partes de la existencia de causas de nulidad aún sin alegación previa, siendo otra muestra de ello que el mismo precepto regula las causas de inadmisión en el número 3 del precepto tras el mismo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, el planteamiento por este Tribunal, mediante la adopción de un Acuerdo adoptado con fecha 26 de junio de 2017 por la unanimidad de sus miembros, de la existencia de causas de nulidad no alegadas en la reclamación no podría desembocar sino en la propia admisión de la reclamación interpuesta, toda vez que ningún sentido tendría la tramitación del referido incidente si las resolución de las cuestiones de fondo, las inicialmente planteadas en la reclamación más las adicionadas en la referida cuestión, fuera a quedar vedado en el Acuerdo que ponga fin al procedimiento de reclamación por la previa apreciación de una cuestión de inadmisibilidad que impide entrar a resolver sobre las mismas.

Resultando aclarado, por tanto, el iter procedimental conforme al cuál debe ser encauzado el procedimiento de reclamación ante este Tribunal, procede analizar si en el

caso que nos ocupa concurren todos los requisitos procedimentales exigidos para poder concluir si la reclamación presentada por la mercantil “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)” resulta admisible a los efectos de proceder a examinar la cuestión de fondo; operación jurídica de la que en ningún caso puede sustraerse este Tribunal a pesar de que ni la entidad contratante ni la empresa adjudicataria hayan invocado en el trámite procedimental oportuno, esto es en sus correspondientes informes de alegaciones realizados a la vista del expediente, la concurrencia de causa alguna de inadmisión de la reclamación, procediéndose en ambos casos a solicitarse directamente su desestimación, y sin que dicha constatación pueda ser matizada en modo alguno por las consideraciones introducidas ex novo, con ocasión del trámite de audiencia concedido al sólo y único efecto de formular las alegaciones que tuvieran por conveniente sobre las posibles causas de nulidad advertidas por el Tribunal.

En el presente caso, resulta del expediente, según certificado emitido por el Director del Servicio de Sistemas de la Información Corporativos de la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior y Justicia del Gobierno de Navarra, que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra pudo detectar que la reclamante “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)” inició la presentación telemática de su reclamación a las 18:05 horas del día 5 de diciembre de 2016 y permaneció activo y de forma ininterrumpida hasta las 18:49 horas, detectándose un total de 63 interacciones con el sistema de control de acceso y representación.

Asimismo, se hace constar "que el problema para realizar la presentación de la reclamación por parte del usuario el día 5/12/2016 a través de la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es <https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx> encajaría en un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, Java, vista de compatibilidad...), ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para

que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de Presentación de reclamaciones funcione correctamente.

En resumen, los sistemas que soportan la aplicación web del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de Reclamaciones, han funcionado correctamente en el periodo comprendido entre las 18:05 horas y las 18:49 horas del día 5 de diciembre de 2016, habiendo de tenerse en cuenta, en todo caso, que los sistemas telemáticos se ofrecen utilizando diversos componentes tecnológicos y en ocasiones, en función de los navegadores que esté utilizando el usuario y de sus versiones, puede requerir realizar determinadas configuraciones que pueden implicar cierta complejidad y, al respecto, se ha comprobado que el usuario (reclamante) estuvo intentando realizar el trámite administrativo de forma ininterrumpida, durante el periodo de tiempo citado".

Es decir, los servicios informáticos del Gobierno de Navarra que se ocupan del soporte técnico del Portal de Contratación de Navarra identificaron, a través de representante acreditado, a la entidad "INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)" como usuario del Portal de Contratación de Navarra el día 5 de diciembre de 2016, esto es, dentro del plazo señalado por el artículo 210.3 LFCP para la interposición de la reclamación, y, además, constatando, asimismo, que dicha entidad intentó acceder a la aplicación de internet para la presentación telemática de reclamaciones ante el Tribunal Administrativo de Contratos de Navarra con un total de 63 intentos que no tuvieron éxito.

Por otra parte, resulta también que el reclamante procedió el mismo día a enviar su reclamación a la dirección de correo electrónico tribunalcontratos@cfnavarra.es., canal de comunicación con la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra indicando la remisión de la reclamación por absoluta imposibilidad técnica de presentación en el Portal de Contratación de Navarra,

CUARTO.- Por tanto, a la vista de la forma y de las circunstancias de la presentación de la reclamación objeto de examen, se impone resolver si la vía alternativa de presentación de la reclamación, en el buzón de correo electrónico de la

Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, y los 63 intentos infructuosos de acceso a la aplicación telemática del Portal de Contratación de Navarra, permite tener por cumplidos los requisitos formales de presentación exigidos en el artículo 212.1 LFCP, presentación telemática en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo señalado en el artículo 210.2.

A este respecto, procede señalar que este Tribunal ha dictado distintos acuerdos inadmitiendo reclamaciones presentadas por falta de presentación telemática, ya sea por presentación en papel o presentación en registro electrónico, esto es, fuera de la vía telemática de presentación. Por todos, los Acuerdos 3/2014, de 14 de febrero; 31/2015, de 27 de mayo y 72/2015, de 30 de diciembre, en los que se pone de manifiesto que "De acuerdo con lo señalado en el artículo 212.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), el medio válido para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra es el cauce electrónico establecido en el Portal de Contratación de Navarra.

En el citado artículo se fija un cauce especial regulado con carácter preceptivo para la tramitación de las reclamaciones, sin que en ningún caso puedan considerarse como una vía alternativa los registros alternativos que sirven de cauce de entrada de documentación para la tramitación en otros procedimientos de impugnación ordinarios.

En coherencia con ello, la LFCP establece como causa de inadmisión de la reclamación (artículo 213.3 f) la presentación de la misma fuera del cauce telemático establecido en esta Ley Foral.

La pretensión de la LFCP es diseñar un procedimiento ágil de recurso frente a las decisiones de los poderes adjudicadores. Para ello, el legislador navarro ha optado por emplear como instrumento la tramitación enteramente telemática del procedimiento a través del Portal de Contratación de Navarra, no como un derecho, sino como 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".

Por tanto, siendo que la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, con el fin de garantizar un procedimiento ágil y rápido, está diseñada normativamente como un procedimiento de tramitación exclusivamente telemático, en el que la única forma de iniciarlo es su presentación electrónica en el Portal de Contratación de Navarra, cualquier otra forma de presentación alternativa, ya sea en papel en cualquiera de los Registros o mismo en cualquier Registro electrónico constituye causa de inadmisión de la reclamación.

Sin embargo, las circunstancias concurrentes apreciadas en el caso de autos no se ajustan a los parámetros presentes en las reclamaciones resueltas a través de los citados acuerdos porque no nos encontramos ante un supuesto en el que la empresa reclamante haya presentado la reclamación en papel ni en un Registro electrónico alternativo al establecido en el Portal de Contratación de Navarra para la presentación de reclamaciones ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, lo que debe determinar la inaplicabilidad de la doctrina resultante de los mismos a este supuesto.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales también ha abordado esta cuestión en diferentes resoluciones, entre otras Resoluciones 411/2016, de 27 de mayo; 451/2016, de 10 de junio; 656/2016, de 19 de agosto y 669/2016, de 2 de septiembre, decidiendo sobre la inadmisibilidad o no del recurso especial en materia de contratación pública en función de si su presentación fuera de la vía electrónica establecida se debe o no a una imposibilidad de acceso justificada, lo que permite construir una doctrina que determina que la presentación de un recurso especial fuera del formulario electrónico establecido no constituye causa de inadmisión si se justifica la imposibilidad de presentación.

En este sentido, la Resolución 451/2016, de 10 de junio, señala que "De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 38 "Tramitación electrónica del recurso, reclamación o cuestión de nulidad" del RPERMC, así como en la Disposición Transitoria Segunda "Tramitación electrónica" del mismo Reglamento, el único medio válido para la interposición del recurso especial en materia de contratación, tratándose como es el caso

de una persona jurídica y cuando el recurso se presente en el registro del órgano competente para su resolución o en otro registro distinto al del órgano de contratación y dirigido a este Tribunal, es la vía electrónica, concretamente a través del formulario electrónico general previsto en el artículo 11 de la Orden HAP/547/2013, de 2 de abril, por la que se crea y se regula el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Se trata, por tanto, un cauce especial establecido con carácter preceptivo para la tramitación del recurso especial en materia de contratación. Así, ya en nuestra Resolución 411/2016 de 27 de mayo, para un supuesto análogo al aquí examinado, con cita y transcripción de la normativa aplicable en materia de uso de medios electrónicos (a la que nos remitimos), dijimos que “La conformidad a la Ley tanto del establecimiento reglamentario de la obligación de relacionarse por medios electrónicos de las personas jurídicas y determinados colectivos, y la consiguiente inadmisión de aquellas solicitudes que no se acomoden a tales exigencias, ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia.” De la documentación obrante en el expediente resulta que la recurrente, ha incumplido la obligación contenida en el artículo 38 del RPERMC de presentar su escrito de interposición de recurso por vía electrónica, sin que haya presentado justificación alguna de imposibilidad de acceso a dicho modo de tramitación, ítem más cuanto se trata de una persona jurídica, a las que el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAESP) presume iure et de iure habilitación suficiente para usar los medios electrónicos, a diferencia de los colectivos de personas físicas a los que se refiere (...).”

Conforme a esos mismos parámetros, nuestro Tribunal, en su reciente Acuerdo 32/2017, de 30 de junio, adoptado por la unanimidad de sus miembros, resolvió un supuesto idéntico al planteado en la presentación de la reclamación de la entidad, reclamación con problemas técnicos de acceso a la plataforma telemática del Portal de Contratación de Navarra tras diversos intentos acreditados durante el plazo de interposición según certificado emitido por los servicios técnicos informáticos del Gobierno de Navarra en idénticos términos, y posterior presentación en la dirección de correo de la Secretaría del Tribunal.

En este Acuerdo, nuestro Tribunal concluyó la admisión de la reclamación interpretando la imposibilidad técnica de acceso a la preceptiva vía telemática en términos de conformidad con el principio pro actione, en términos de aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, manifestando al respecto lo siguiente: *"En este caso, queda acreditado que se han realizado ocho intentos de presentación, sin que quede demostrado que la imposibilidad de presentación se deba de forma exclusiva a la propia entidad que ha formulado la reclamación, que si ha podido enviar la reclamación junto a la documentación a la dirección electrónica del tribunal dentro del plazo para formular la reclamación.*

Debe traerse a colación la doctrina constitucional en materia de acceso a la jurisdicción contenida, entre otras muchas, en la STC 102/2009: "corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, si no para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda. En esta tarea el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico pro actione, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la ratio del precepto legal aplicado, incurren en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4).

Por ello el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio pro actione, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas)". (..) d) En el ámbito del acceso a la jurisdicción el principio pro actione actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada, lo cual implica un escrutinio especialmente severo en estos casos (SSTC 158/2000, de 12 de junio, F. 5; 231/2001, de 26 de noviembre, F. 2; 30/2003, de 13 de febrero, F. 3; y 127/2006, de 24 de abril, F. 2, por todas)».

Por ello, en aplicación del principio pro actione, procede admitir la reclamación, al considerar que ha podido existir un impedimento técnico ajeno a la entidad reclamante, que ha imposibilitado que pueda presentar la reclamación a través del cauce legalmente establecido pese a los intentos realizados".

De la misma manera, la doctrina del Tribunal Constitucional ha llegado a admitir la presentación de escritos procesales en lugar distinto al de la sede propia del órgano judicial, si concurren situaciones excepcionales, indicando que "la doctrina de este Tribunal en la materia, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo plasmada en diversas resoluciones, entre las que destaca la STEDH Rada Cavanillas c. Reino de España, de 28 de mayo de 1998 (§§ 43-50), que ha sido citada por el recurrente, se ha visto enriquecida en los últimos tiempos con las SSTC 260/2000, de 30 de octubre; 41/2001, de 12 de febrero; 90/2002, de 22 de abril; y 223/2002, de 25 de noviembre y se sintetiza en esta última cuando dice: "en situaciones excepcionales,

puede considerarse plenamente eficaz la presentación datada y cierta de un escrito ante un registro público distinto al órgano judicial si, examinado el caso, concurren circunstancias excepcionales y no existe negligencia alguna de parte (STC 41/2001, de 12 de febrero, FFJJ 5, 6 y 7, entre otras). Entre los criterios para medir la excepcionalidad y la diligencia del demandante de amparo y determinar si puede entenderse que las razones de la inadmisión o desestimación del recurso de que se trate en cada caso están constitucionalmente justificadas o son irrazonables y, por tanto, contrarias al art. 24.1 CE (STC 90/2002, de 22 de abril, FJ 3), incluimos el de la interposición temporánea en otro registro que, como el registro del servicio de correos, permite tener constancia cierta de la fecha de su presentación”

La traslación de esta doctrina a la cuestión a resolver, fundamentada en una interpretación conforme al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consignado en el artículo 24 CE, permitiría considerar eficaz, en casos excepcionales, la presentación temporánea de la reclamación en un lugar alternativo al Portal de Contratación de Navarra si concurren circunstancias excepcionales no acompañadas de negligencia alguna de parte, caso de la presentación ante el buzón de correo electrónico gestionado por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos que no presenta problema de integridad de la documentación que conforma la reclamación, particularmente cuando el reclamante y su representación están ya identificados por la propia aplicación telemática y se trata de un procedimiento en el que el expediente se presenta ante la misma por la propia entidad contratante.

Pero, a mayor abundamiento, si, con carácter general, las causas de inadmisión de los procedimientos, en la medida de que constituyen barreras mediante las que se impide la tramitación de los procedimientos, deben ser objeto de una interpretación restrictiva por su relación con el principio pro actione, dicha interpretación restrictiva debe alcanzar cotas mayores en la doctrina sobre la admisibilidad de las reclamaciones interpuestas en materia de contratación pública consecuencia de su naturaleza jurídica y finalidad, en cuanto que estamos ante un mecanismo de tutela de naturaleza comunitaria en el que la tutela de los licitadores ocupa un papel esencial como consecuencia del interés europeo en asegurar la competencia entre los interesados en una licitación, lo

que exige una interpretación conforme a la jurisprudencia europea y a la exigencia de la primacía del derecho de la Unión, que impone mecanismos de tutela de los licitadores verdaderamente eficaces para garantizar los principios señalados de equivalencia y efectividad del derecho europeo.

Así, 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, señala en su considerando 17 que *"Los procedimientos de recurso deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción"*, lo que implica un derecho al recurso sin trabas, en definitiva que las exigencias y cargas impuestas a los ciudadanos interesados no excedan de lo razonable hasta el punto de llegar a neutralizar el derecho de acceso al recurso, lo que supondría una vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima que deben presidir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

A la vista de lo señalado, se trata, por tanto, de determinar si la presentación realizada de modo alternativo a la telemática prescrita por la norma de aplicación ha sido consecuencia de la imposición de trabas que el licitador interesado en impugnar una decisión de adjudicación no está obligado a soportar o, por el contrario, constituye una carga que debe cumplir para el ejercicio de ese derecho, lo que equivale a concluir que un licitador normalmente diligente habría podido ejercitar su derecho y la causa de la no presentación telemática de la reclamación requerida sería imputable a él mismo.

Analizando las circunstancias concurrentes adecuadamente acreditadas, resulta que la entidad reclamante realizó hasta 63 intentos infructuosos de presentación de su reclamación en el Portal de Contratación de Navarra, y todos ellos dentro del plazo de interposición de la reclamación, por lo que nos hallamos ante un licitador que quiere cumplir con la diligencia temporal requerida, y si no alcanza a presentar correctamente su reclamación, no se debe a su propia voluntad sino a causas que le son extrañas como es un problema informático ajeno.

Así, basta examinar la contestación dada por el Director del Departamento de Informática del Gobierno de Navarra responsable del soporte telemático del Portal de Contratación de Navarra que afirma que el canal de envío seguro utilizado por la plataforma de reclamaciones del Portal de Contratación de Navarra requiere, en ocasiones, para que funcione correctamente, la realización, en el navegador de Internet del reclamante de determinadas acciones o la instalación de ciertas configuraciones que pueden implicar cierta complejidad, dependiendo de los navegadores, de sus versiones y de sus componentes tecnológicos, lo que viene a corresponderse con el problema sufrido por el reclamante que estuvo intentando acceder ininterrumpidamente.

El análisis señalado debe ser realizado, además, teniendo en cuenta que no nos encontramos ante una problemática aislada en la que un licitador que quiere interponer una reclamación no puede hacerlo a pesar de intentarlo en múltiples ocasiones, pues al precedente ocurrido en idénticos términos que el ahora analizado se unen otros tantos en el que vuelven a reproducirse las mismas circunstancias de imposibilidad técnica de acceso, hasta el punto de que empresas reclamantes anteriormente no han podido en ocasiones posteriores presentar tampoco en forma su reclamación, situaciones anómalas que, en aclaraciones de la Dirección de Servicio responsable del soporte técnico, se traduce en la existencia de problemas técnicos para compatibilizar la seguridad que demanda el certificado electrónico como vía de acceso exigida por la aplicación telemática que utiliza el Portal de Contratación de Navarra con las múltiples modificaciones realizadas por los proveedores de navegación hoy en día para restringir la ejecución de programas y que dificulta la firma de certificados, lo cual origina problemas impredecibles, complejos y costosos no susceptibles de resolución mediante asesoramiento técnico del soporte del Portal de Contratación de Navarra, porque requieren de conocimientos informáticos avanzados o, como vía alternativa, la adaptación de otras soluciones técnicas por la plataforma electrónica amparadas en la Ley de Administración Electrónica menos restrictivas en el acceso, caso de una firma en clave concertada (usuario y contraseña), que se corresponde con el supuesto de DNI/PIN.

En definitiva, lo determinante no es que la aplicación informática del Portal de Contratación estuviera activa y sin problemas técnicos durante todo el proceso en que la entidad reclamante permaneciera como usuaria del mismo, sino que, en general, el acceso configurado única y exclusivamente sobre la base de la firma de documentos con certificado constituye una barrera tecnológica sobre todo para determinados licitadores, pequeñas empresas y profesionales, que deben utilizar los sistemas y medios configurados y puestos a disposición por la Administración electrónica que soporta el Portal de Contratación de Navarra, sin alternativa técnica alguna que facilite el acceso mediante otros medios igual de seguros pero más accesibles.

A este respecto, procede examinar la norma que regula la plataforma digital del Portal de Contratación de Navarra, Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta de Contratación Pública de Navarra y los procedimientos y registros a su cargo, que de conformidad con su artículo 2 o) le atribuye la obligación de gestionar el Portal de Contratación de Navarra, y que en el artículo 12 regula el acceso al Portal y remisión de información y documentos, señalando “3. *El acceso al Portal se realizará de forma que se garantice un control de la autenticación de los usuarios, aplicando modos de acceso estandarizados con un nivel de seguridad alto e integrable en los sistemas de autenticación de la infraestructura del Gobierno de Navarra. Tras la autenticación se realizará la autorización de los usuarios utilizando, en lo posible, las metodologías implantadas en el Gobierno de Navarra*”; y en el artículo 13. Utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, estableciendo lo siguiente:

“1. La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos permitirá el intercambio seguro de documentos entre la Junta de Contratación Pública, las entidades contratantes y los posibles licitadores.

Cualquier proceso que implique un intercambio de información o documentación deberá cumplir, entre otros, los siguientes requisitos: firma electrónica avanzada, sello de tiempo y gestión y control de apertura según fechas.

Asimismo, se adoptarán las medidas técnicas y de organización necesarias que aseguren la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información y de los documentos electrónicos”.

2. *Para la adopción de las medidas establecidas en el apartado anterior se deberá tener en cuenta el estado de la técnica, así como el criterio de proporcionalidad respecto de la naturaleza de los datos, de los tratamientos y de los riesgos a los que estén expuestos”.*

Pues bien, además de que la norma no obliga a usar el certificado electrónico como único medio de autenticación del usuario, permite otros medios estandarizados con nivel alto que ya están integrados y utilizados en la infraestructura del Gobierno de Navarra, cómo es la conjunción PIN-NIF, y obliga a tener en cuenta el estado de la técnica para la imposición de las medidas y el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, las restricciones resultantes del medio de autenticación utilizado por el Portal de Contratación de Navarra, por las exigencias de instalación que requiere, en modo alguno puede ser imputable a la falta de diligencia de los usuarios que no disponen de conocimientos informáticos avanzados, constituyendo una traba no justificada generadora de discriminación para determinados tipos de licitadores, máximo cuando, además de no dotarse de otros medios alternativos que forman parte de la infraestructura del Gobierno de Navarra, no tiene instaurado siquiera un sistema que pueda recoger y resolver de un modo protocolizado los citados problemas de acceso, en línea con las plataformas telemáticas de otros tribunales.

Y todo lo señalado sin que sea óbice oponer el carácter no obligado de la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos de Navarra, que resulta potestativa para los interesados dado su carácter de recurso sustitutivo, porque significaría obviar no sólo el carácter ejecutivo y ejecutorio de los acuerdos de este Tribunal sino el propio efecto útil de la reclamación para procurar una tutela restitutoria a favor de los licitadores que permite corregir las infracciones de las reglas de contratación antes de la adjudicación y restituir el "*statu quo ante*" frente a la tutela meramente resarcitoria que aportan los recursos ordinarios.

En todo caso, el carácter básico de las normas de procedimiento administrativo exige aplicar la regulación sobre administración electrónica contenida en la Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común, en la tramitación telemática de las reclamaciones dirigidas al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, particularmente en lo que respecta a la obligación de la administración de requerir la subsanación de la interposición cuando resulte preceptiva la presentación telemática de un escrito, regulada en el artículo 68.4, lo que veda toda posibilidad de inadmisión de una reclamación no presentada telemáticamente sin previo requerimiento de subsanación realizado al efecto.

En este sentido la Resolución 128/2016 del Tribunal de Recursos Contractuales de Euskadi señala que *"ÚNICO: El artículo 14.2 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), establece la obligatoriedad de que las personas jurídicas se relacionen con la Administración con medios electrónicos. Por su parte, el artículo 68.4 de la misma Ley expresa que «si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica.» Finalmente, el artículo 44.5 del TRLCSP establece que «para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición». Como se señala en los antecedentes de hecho, el plazo ha transcurrido sin que se haya producido la subsanación requerida, por lo que procede dar al recurrente por desistido, aceptar de plano dicho desistimiento y declarar concluso el procedimiento, ya que no consta perjuicio alguno para terceros interesados ni se aprecia la concurrencia de razones de interés general que hagan conveniente su sustanciación (artículos 84.1 y 94 de la LPAC)".*

A mayor abundamiento, el derecho a recibir la asistencia en el uso de los medios electrónicos a utilizar para la interposición de reclamaciones en el Portal de Contratación de Navarra resulta especialmente relevante en el supuesto examinado, particularmente en los casos en que resulte obligado requerir la subsanación telemática tras la presentación infructuosa, señalando así el artículo 12. Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados, que:

“1. Las Administraciones Públicas deberán garantizar que los interesados pueden relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen.

2. Las Administraciones Públicas asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados no incluidos en los apartados 2 y 3 del artículo 14 que así lo soliciten, especialmente en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través del registro electrónico general y obtención de copias auténticas.

Asimismo, si alguno de estos interesados no dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica del que esté dotado para ello. En este caso, será necesario que el interesado que carezca de los medios electrónicos necesarios se identifique ante el funcionario y preste su consentimiento expreso para esta actuación, de lo que deberá quedar constancia para los casos de discrepancia o litigio.

3. La Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales mantendrán actualizado un registro, u otro sistema equivalente, donde constarán los funcionarios habilitados para la identificación o firma regulada en este artículo. Estos registros o sistemas deberán ser plenamente interoperables y estar interconectados con los de las restantes Administraciones Públicas, a los efectos de comprobar la validez de las citadas habilitaciones.”

En este registro o sistema equivalente, al menos, constarán los funcionarios que presten servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros.

Finalmente, debemos señalar que este Tribunal en su recién adoptado Acuerdo 53/2017, de 7 de septiembre, en un supuesto idéntico al presente, recoge los postulados de la doctrina citada y sobre la base de la doctrina jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio pro actione, que demandan una interpretación estricta y casuística de las causas de inadmisión de la reclamación, resuelve su rechazo en aquellos supuestos en que la imposibilidad técnica de la interposición telemática de la misma, aún con un correcto funcionamiento de la plataforma del Portal de Contratación

de Navarra, no obedezca a una falta de diligencia del reclamante, estando acreditados tanto los intentos sin éxito de interposición telemática como su remisión por vía alternativa dentro del plazo legal de interposición.

Los planeamientos señalados, obtenidos tanto a partir de una interpretación *secundum directivam* de las normas nacionales como de la exégesis de dicha normativa, permiten concluir que el trámite procedimental establecido para la interposición de la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra no permiten garantizar en todos los casos los principios de equivalencia y de efectividad del efecto útil de las Directivas de recurso europeas, y por tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que ha de llevar a la conclusión que constituyen una restricción irrazonable para los reclamantes que en ningún caso podría justificar la inadmisión de su reclamación.

Efectivamente, la garantía de agilidad y rapidez en la tramitación de la reclamación en materia de contratación pública, asegurada por la tramitación de un procedimiento exclusivamente telemático y por la regulación de un plazo de interposición muy reducido, no puede sustentarse a costa de sacrificar los derechos de los licitadores a la impugnación de las decisiones que considere ilegales.

En última instancia, el criterio de justicia material debe estar presente en la interpretación de cualquier norma jurídica, no debiendo olvidarse que, precisamente, la justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico consignados en el artículo 1 del Título Preliminar CE.

En conclusión, conforme a lo expuesto, procede admitir la reclamación interpuesta por la mercantil “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)” frente al acuerdo de adjudicación de la asistencia de "Implantación del documento y expediente electrónico del Ayuntamiento de Pamplona", lo que determina la obligación de analizar y resolver las cuestiones relativas al fondo.

QUINTO.- La apreciación de oficio por este Tribunal de vicios de nulidad de pleno derecho no alegados por la parte reclamante no sólo está sancionada legalmente y respaldada jurisprudencialmente, sino que la acción de reclamación en materia de contratación pública constituye un ámbito propio para su ejercicio dadas las facultades inherentes a la jurisdicción de este Tribunal y la naturaleza jurídica de la reclamación en materia de contratación pública.

Particularmente, el Tribunal Supremo ha venido declarando como criterio común, entre otras las Sentencias de 28 de febrero de 2004 y 31 de mayo de 2005, la posibilidad de que los Tribunales decreten la nulidad aunque no se hubiera alegado o se hubiere efectuado con deficiencias de carácter formal, sólo y cuando la sinalagmática contractual se refiera a pactos o cláusulas que manifiestamente sean ilegales, contrarias a la moral, al orden público, o constitutivas de delitos, es decir contratos contrarios a la legalidad imperativa y por tanto al artículo 6.3 del Código Civil, para evitar que los fallos de los Tribunales, por el silencio de las partes, puede amparar hechos torpes o ilícitos.

De este modo, el ejercicio de dicha prerrogativa constituye una pauta de actuación de los tribunales de recursos contractuales, plasmada en las conclusiones de su II Reunión de Coordinación celebrada el 7 de noviembre de 2013, según la cual “(...) *si como consecuencia de la recalificación del contrato y a falta de impugnación expresa por el recurrente, el Tribunal apreciara causa de invalidez o nulidad del pliego por establecer un régimen contractual incompatible con el del contrato recalificado, antes de anular la licitación, debe concederse un plazo de alegaciones al órgano de contratación y al recurrente para que se pronuncien sobre la anulación de los pliegos y del procedimiento. No obstante, habrá que estar a cada caso concreto con el fin de no alterar el principio de congruencia, ni lesionar los derechos de los interesados en supuestos en que pudiera concurrir causa que conlleve un interés en el recurrente de desistir del procedimiento*”.

En definitiva, partiendo de que los vicios de nulidad de pleno derecho no son susceptibles de convalidación, su apreciación constituye una cuestión de orden público

que no puede estar sometido al arbitrio de las partes ni puede depender del consentimiento de la parte reclamante en prevención de que no pueda declararse la validez de un contrato que adolece de vicios insubsanables, en línea con lo manifestado por la Resolución nº 40/2016, de 20 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que señala al respecto que *“No es admisible, en contra del efecto útil de la Directiva de recursos, una interpretación del artículo 145.1 TRCSP que supone consentir causas de nulidad de pleno derecho, o infracciones de los principios básicos de la contratación pública, por presumir el consentimiento o aquiescencia del licitador, por su mera participación en la licitación sin recurrir el pliego. Pero es que, además, teniendo en cuenta los términos en que está constituida la litis según la reclamación presentada, de acogerse por este Tribunal la pretensión ejercitada por la entidad reclamante, debería producirse el efecto de declaración de la invalidez de todo el procedimiento de adjudicación, sin posibilidad de sanación alguna, porque la finalización del mismo mediante acto de adjudicación impide retrotraer el procedimiento al momento anterior a la valoración técnica pretendida, porque ya se habría producido la vulneración del secreto de las ofertas que lo impide en el artículo 52.1 LFCP, cómo ya ha manifestado este Tribunal en algunos de sus acuerdos y ha explicitado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 900/2014, del 5 de diciembre, al ludiendo a “(...) la necesidad de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación el que se tengan en cuenta las consideraciones que anteceden en cuanto a la aplicación de los criterios que dependen de un juicio de valor, sin que sea posible acordar la retroacción de las actuaciones por cuanto que, al haberse abierto el sobre de la oferta económica de una de las empresas licitadoras, ello vulneraría el secreto de las proposiciones (entre otras, Resoluciones 132/2011, de 4 de mayo, 166/2013, de 8 de mayo, 46/2013, de 23 de octubre, ó 590/2013, de 4 de diciembre)”*, lo que sólo daría lugar a iniciar una nueva licitación que no debería reproducir aquellos vicios determinantes de un vicio de nulidad de pleno derecho de conformidad con el principio de eficacia del funcionamiento de la Administración (artículo 103 CE).

Siendo, por tanto, la nulidad de pleno derecho una cuestión de orden público, este Tribunal está no sólo facultado, sino también obligado, a declararla de oficio, por

propia iniciativa, en el supuesto de que la concurrencia de dicho vicio resulte acreditada de un modo patente y manifiesto, con el fin de que puedan resultar depurados los vicios cuya gravedad pudieran ser determinantes de la anulación del acto que resulte afectado, sin perjuicio de la necesidad de cumplimentación, en su caso, del requisito procedimental, garante del principio de congruencia y de interdicción de la indefensión de las partes, consignado en el artículo 213.2 de la LFCP.

Por tanto, la utilización de dicha previsión por parte de este órgano revisor no sólo no debe ser excepcional y de interpretación restringida, más allá de las propias restricciones resultantes del concepto de los vicios de nulidad de pleno derecho, en este caso de carácter sustantivo y no procedimental, sino que, como ya se ha avanzado, es en este ámbito de la reclamación en materia de contratación pública dónde alcanza toda su plenitud por su propia naturaleza y finalidad de garantizar el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión.

En definitiva, siendo el único objeto el de advertir a las partes de la existencia de causas de nulidad en el procedimiento de adjudicación para que puedan hacer uso de sus derecho a alegar lo que tengan por conveniente en defensa de su propio interés, o incluso completar el expediente en el caso de la entidad contratante, y a la vista de lo que manifiesten, este Tribunal debe resolver lo que proceda en el correspondiente acuerdo que decida motivadamente sobre todas las cuestiones planteadas. Es decir, en el presente Acuerdo.

Pues bien, mediante Acuerdo, este Tribunal puso en conocimiento de los interesados la existencia en los pliegos del contrato de causas de nulidad advertidas de oficio y no alegadas por la parte reclamante, en los siguientes términos:

“Se considera que dicho criterio de adjudicación es una medida restrictiva de la competencia ya que confiere ventaja a las empresas proveedoras de los Ayuntamientos (se penaliza la experiencia en otras Administraciones). La valoración de la experiencia en la contratación (aunque la regulación se refiere a la experiencia como criterio de capacitación técnica) que pueden aportar la empresas licitadoras no está limitada a un determinado ámbito (el artículo 14 LFCP habla de principales contratos y de

titulaciones académicas y profesionales) y, por supuesto, no permite diferenciar entre sector público y sector privado y tampoco entre Ayuntamientos y otros entes públicos.

No se advierte justificado en este caso que solo se valore la experiencia obtenida en trabajos realizados para administraciones públicas cuando también se puede prestar este servicio en el ámbito privado y tampoco cabe la diferencia entre distintas administraciones. Este criterio puede restringir la competencia y facilitar la consolidación de los actuales proveedores de servicios, por lo que vulnera el principio de competencia, así como el de igualdad de trato y no discriminación, previstos en el artículo 21 LFCP.

Así mismo, se suscita la duda sobre la posible nulidad de un criterio de adjudicación consistente en la experiencia del personal destinado a la ejecución del contrato, al valorarse la experiencia de un perfil archivístico y de derecho administrativo en un contrato de implantación de un sistema electrónico de tramitación, cuando la valoración de la experiencia como se determina en la Directiva 2014/24 se circunscribe a contratos de consultoría, servicios de arquitectura y de carácter intelectual que mejoren la calidad del servicio prestado.(...)

En este caso, la experiencia a valorar de cada uno de los miembros del Equipo Técnico resulta ajena a las cualidades o currículums que puedan determinar sus perfiles profesionales, teniendo en cuenta únicamente para quien se presta el servicio, lo que permite cuestionar que la composición del equipo encargado de la valoración del contrato constituya un aspecto intrínsecamente relacionado con el objeto del contrato y, en particular, con su calidad, porque en ningún caso se están valorando cualidades específicas del personal.

Por lo señalado, la valoración de una experiencia no vinculada al objeto del contrato y no dirigida a identificar la mejor oferta, sino referida a la calidad subjetiva de los licitadores, comporta una ilegalidad que restringe la concurrencia entre los licitadores, además especialmente intensificada al otorgársele una ponderación de hasta un 30%, que comporta una vulneración del principio de competencia así como el de igualdad y no discriminación, acogidos todos ellos como principios rectores de la contratación en el artículo 21 LFCP.”

SEXTO.- El primer motivo de nulidad que se plantea se contrae a analizar si el criterio de adjudicación de experiencia regulado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el que se valora la experiencia de los miembros del Equipo Técnico de trabajo destinado a la ejecución del contrato, resulta ajustado a derecho.

En el acuerdo se suscita la duda sobre la posible nulidad de un criterio de adjudicación consistente en la experiencia del personal destinado a la ejecución del contrato, al valorarse la experiencia de un perfil archivístico y de derecho administrativo en un contrato de implantación de un sistema electrónico de tramitación, cuando la valoración de la experiencia como se determina en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, se circunscribe a contratos de consultoría, servicios de arquitectura y de carácter intelectual que mejoren la calidad del servicio prestado.

Por su parte, la reclamante alega respecto a la valoración de la experiencia en el equipo y, en concreto, de los perfiles archivísticos y de derecho administrativo que afectan de forma significativa a la calidad de la ejecución del contrato, en vista de la categoría a la que se halla adscrita el contrato, CPV nº 722240001 “Servicios de consultoría en gestión de proyectos”, al entender que el contrato, además de ejecutar una adaptación de sistemas electrónicos, implica el previo y detallado conocimiento legal y de gestión archivística de los procedimientos y archivos administrativos del ente municipal.

Planteadas las posiciones procede decidir sobre la legalidad del criterio de adjudicación motivo de una posible cuestión de nulidad, cuestión ligada de modo inexorable a la distinción entre criterios de selección y adjudicación, consecuencia del carácter bifásico sobre el que está configurado el procedimiento de adjudicación de contratos públicos, en el que se distinguen dos fases diferenciadas: fase de selección de candidatos y fase de selección de ofertas, que atienden a distintos objetivos, son comprensivas de operaciones distintas y se rigen por normas diferentes.

Así, en la primera de las fases se verifica si las empresas licitadoras poseen la capacidad necesaria para la ejecución del contrato, realizándose un examen de las características subjetivas de las empresas candidatas requeridas para llevar a cabo las prestaciones que constituyen el objeto del contrato licitado. Por contra, en la segunda de las fases señaladas se valoran las ofertas presentadas por las empresas admitidas a la licitación en la fase anterior al objeto de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, de manera que se examinan las características objetivas de las ofertas presentadas por los licitadores.

Dicho sistema fue el elegido por las Directivas comunitarias para estructurar los procedimientos de adjudicación, tal como han recogido entre otras la sentencia de 24 de enero de 2008, Lianakis y otros, C-532/06 que señala:

"26 Se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 no excluye, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 15 y 16).

27 En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (véase, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 17).

28 Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 18).

29 Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las 9 entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que

vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, las sentencias *Beentjes*, antes citada, apartado 19; de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I- 7725, apartados 35 y 36, así como, respecto de los contratos públicos de servicios, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I- 7213, apartados 54 y 59, y de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 y 64).

30 Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.

31 Sin embargo, los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como «criterios de adjudicación» en el caso de autos se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de criterios de adjudicación», en el sentido del artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/5”

La Sentencia, por tanto, considerando la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar la buena ejecución del contrato como aspectos de la capacidad o idoneidad del licitador, llega a la conclusión de considerar ilegales los criterios de adjudicación como la experiencia de los licitadores, señalando a este respecto en su apartado 32 que *"En consecuencia, procede declarar que los artículos 23, apartado 1, 32 y 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 se oponen a que, en un procedimiento de licitación, el poder adjudicador tenga en cuenta la experiencia de los licitadores, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento y su capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto como «criterios de adjudicación» y no como «criterios de selección cualitativa”*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, considerando el marco normativo señalado, concluye que la experiencia se basa en la capacidad técnica de los licitadores

y que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación pública.

En este sentido se manifiesta la STS de 11 de julio de 2006 que, haciendo cita de otras sentencias anteriores que recogen la misma doctrina, señala que:

“SÉPTIMO (...) este Tribunal en su sentencia de 24 de mayo de 2004, recurso de casación 7759/1999, ha sostenido que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento. Criterio que se reiteró en la sentencia de 27 de octubre de 2004, recurso de casación 2029/2000 al declarar que «si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares». Asimismo en la de 28 de febrero de 2005, recurso de casación 161/2002 se afirmó que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.

Por ello en la sentencia de 5 de julio de 2005, recurso de casación 852/2003 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la sentencia de 28 de abril de 2005, recurso de casación 418/2003, al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un Ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la experiencia de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no cabía acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la experiencia hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la sentencia de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 44/1999 se desestima el recurso 11 de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con

sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado.

La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida en los Pliegos de Condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto experiencia (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001 ; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002), o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (sentencia 2 de febrero de 2005, recurso de casación 7987/2000; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002; sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003; sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003).

OCTAVO: No innova la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios cuando en su art. 48, relativo a la capacidad técnica y profesional, establece que podrá acreditarse por alguno de los medios enumerados en los distintos párrafos de su apartado segundo, como la presentación de la lista de las obras ejecutadas, presentación de una relación de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años, etc. Esto es la acreditación de la experiencia como elemento previo para justificar la capacidad técnica y profesional que permitirá el correspondiente acceso en nuestro caso al Registro Oficial de Empresas Clasificadas del Ministerio de Hacienda.

Recordemos que la solvencia técnica en los contratos de obras, suministro y el resto se encuentra regulada en los arts. 17, 18 y 19 de la LCAP, de idéntica numeración en el vigente (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), mientras la solvencia económica y financiera se determina en el art. 16 de la LCAP, del mismo 12 número en el RDL 2/2000, de 16 de junio y la moral, relativa a no incurrir en ninguna de las

prohibiciones para contratar se considera en el art. 20 de la LCAP, de análogo número en el RDL 2/2000, de 16 de junio.

En los criterios de adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, sienta el art. 53, los distintos criterios vinculados al objeto del contrato público del que se trate, por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, etc.

Se constata que no figura la experiencia como factor a puntuar en la adjudicación ya que aquella ha debido ser considerada como elemento previo en la clasificación

NOVENO: Hemos afirmado que la Directiva 2004/18/CE no altera sustancialmente nuestro marco normativo por cuanto en la Directiva 93/36/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro en su artículo 23 ya establecía los medios por los que podrá acreditarse la capacidad técnica del proveedor como la relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años, su importe, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados. Mientras su art. 26 fijaba los criterios para la adjudicación de contratos a la oferta económicamente más ventajosa que variarán según el contrato de que se trate: precio, plazo de entrega, coste de explotación, asistencia técnica, etc. Pero, obviamente, sin incluir el parámetro experiencia. Criterios reflejados en el art. 87 de la LCAP pero que ya figuraban en lo esencial en los arts. 36 de la Ley de Contratos del Estado, LCE, art. 115 Reglamento General de Contratos del Estado, RGCE respecto al contrato de obras; 87 de la LCE y 247 del RGCE respecto al de suministros tras su adecuación al derecho comunitario por mor RDL 931/1986, de 2 de mayo y RD 2528/1986, de 28 de noviembre.

Como ha dicho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes/Estado de los Países Bajos, asunto 31/1987 «la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se base en la capacidad técnica de los licitadores». Y más claramente en la sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto 27/1998 , Metalmecánica Fracasso y otros en «el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, distintos 13 criterios que variarán en función del contrato como el precio, el plazo de ejecución, el

costo de utilización, la rentabilidad y el valor técnico». Es decir resulta patente que el factor experiencia no es un criterio de adjudicación”.

La aplicación de la LFCP no autoriza, en principio, a alcanzar una solución distinta a la señalada toda vez que se asienta sobre el mismo marco normativo que separa las citadas fases de selección de los contratistas, regulando la experiencia como un criterio de selección cualitativa dentro de la solvencia técnica o profesional del licitador, a cuyo efecto el artículo 14 LFCP dispone que “Los licitadores deberán acreditar la solvencia técnica o profesional para la ejecución del contrato, entendiendo por ella la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del contrato, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes (...).”.

Sin embargo, cabe señalar que, siendo cierto que la experiencia, como regla general, es, como se ha dicho, uno de los elementos que debe considerarse al evaluar la aptitud de los licitadores para la realización de las prestaciones objeto del contrato, y debe ser considerada por tanto en la fase de selección de licitadores y no en la fase de valoración de las ofertas, también cabe considerar que, en algunos casos, resulta admisible, con base en una interpretación amplia del criterio calidad, mencionado tanto por el artículo 53, apartado 1, letra a) de la Directiva 2004/18/CE como por el artículo 51 LFCP, regularla como criterio de adjudicación siempre que lo que se trate de valorar es la calidad técnica de la oferta y la misma esté vinculada al objeto del contrato.

Como ya señalamos en nuestro Acuerdo 54/2016, de 11 de octubre, ha de tratarse, por tanto, de la denominada experiencia concreta de los equipos propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato, experiencia concreta, y como tal elemento de la oferta, frente a la experiencia del licitador o experiencia general, aspecto de la aptitud del licitador, que viene a cumplir con los requisitos exigidos a los criterios de adjudicación precisados por este Tribunal en muchas de sus acuerdos. Por todos, el Acuerdo 38/2016, de 5 de julio, que señala que "resulta claro que los criterios de adjudicación, además de ser objetivos en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los licitadores, deben además estar vinculados al objeto del

contrato, es decir tener conexión con el mismo por referirse a las características de la prestación contractual y, ser en principio válidos para valorar las ofertas, debiendo entenderse que no están vinculados al objeto del contrato cuando no se refieren a las prestaciones que han de facilitarse por el adjudicatario en virtud del contrato".

En todo caso, dicha posibilidad está contemplada de modo explícito por la Directiva 2014/24 sobre contratación pública, con efecto directo desde el 18 de abril de 2016 una vez transcurrido el plazo de transposición, que indica en el artículo 67, apartado 2, letra b) que pueden ser tenidos en consideración para determinar la oferta económicamente más ventajosa *"la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato"*, disposición aclarada por la Directiva en el Considerando 94 cuando afirma que *"Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad"*.

Dicha cuestión ha sido contemplada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-601/13) de 26 de marzo de 2015, Asunto Ambising, dictada con motivo de la cuestión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal Administrativo de Portugal en relación a un contrato de adquisición de servicios de formación y consultoría para la ejecución de un proyecto en el área de calidad, medio ambiente, 15 seguridad y salud en el trabajo y seguridad alimentaria, en el que la oferta

económicamente más ventajosa se determina en función de la valoración del equipo (40%), y, marcando los límites de la jurisprudencia derivada de la sentencia Lianakis, viene a precisar en qué supuestos y con qué requisitos la experiencia podrá ser tenida en cuenta.

A los efectos señalados resultan especialmente ilustrativas las conclusiones sobre el asunto que realiza el Abogado General, en las que señala que *"Aunque la distinción entre la etapa de selección y la de adjudicación impide aplicar, como criterio de adjudicación, la experiencia anterior general de un operador económico, no es menos cierto que la experiencia específica del equipo técnico concreto que éste propone puede, en relación con determinados contratos, ser tenida en cuenta para valorar la oferta en la fase de adjudicación del contrato (apartado 80), contemplando la posibilidad, o incluso la necesidad, de apreciar el valor técnico y la calidad de la oferta en sí, para adjudicar los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y consultoría, como sucede en el caso de autos, debe concretarse mediante elementos objetivos vinculados al contenido de la oferta. Además, uno de esos elementos básicos es, precisamente, la indicación de los recursos humanos concretos que los licitadores van a afectar a la ejecución del contrato, indicación que, evidentemente, no constituye una manifestación de la calidad de los licitadores o una característica que les sea atribuible, sino de la propia oferta"* (apartado 82), resultando *"aún más evidente en el caso de servicios complejos, en los que existe una estrecha relación entre, en particular, la calificación profesional del personal y el valor económico de la oferta (apartado 31).*

Por otra parte, el Abogado General trata también en sus conclusiones la regulación que sobre la cuestión se contiene en la Directiva 2014/24, aún en dicho fecha en periodo de transposición, proponiendo en el apartado 91 al Tribunal de Justicia que resuelva la cuestión judicial planteada de la siguiente forma: *"La Directiva 2014/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no se opone a que, en determinadas circunstancias, para la adjudicación de contratos de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de*

consultoría, los poderes adjudicadores utilicen, entre los factores que integran el criterio de adjudicación de un contrato público, la valoración de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato de que se trate, teniendo en cuenta, sobre la base de un análisis concreto, su constitución, experiencia probada y titulación u otras cualificaciones profesionales. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad sólo es compatible con los objetivos de la Directiva 2004/18 cuando las características y cualidades específicas del personal que forma el equipo constituyen un elemento decisivo del valor económico de la oferta sujeta a evaluación por parte del poder adjudicador."

La sentencia dictada por el TJ señala que:

"25 Por otro lado, es necesario indicar que la jurisprudencia establecida en la sentencia Lianakis y otros (C-532/06, EU:C:2008:40) se refiere a la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), que fue derogada por la Directiva 2004/18, y que dicha sentencia no excluye que un poder adjudicador pueda, si se cumplen determinadas condiciones, establecer y aplicar un criterio como el que figura en la cuestión prejudicial en la fase de adjudicación del contrato.

26 En efecto, la citada sentencia se refiere de hecho a los efectivos y la experiencia de los licitadores en general y no, como en el presente litigio, a los efectivos y la experiencia de las personas que constituyen un equipo particular que, de manera concreta, debe ejecutar el contrato.

27 En cuanto a la interpretación, sobre la que versa la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18, procede señalar que dicha Directiva introdujo nuevos elementos en la legislación de la Unión en materia de contratación pública con respecto a la Directiva 92/50.

28 En primer lugar, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 establece que «la oferta económicamente más ventajosa» debe ser identificada «desde 17 el punto de vista del poder adjudicador» y, por lo tanto, confiere a dicho poder adjudicador un margen de apreciación mayor.

29 En segundo lugar, el considerando 46, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18 precisa que, cuando el contrato deba ser adjudicado al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, procede determinar la oferta que «presenta la mejor relación calidad/precio», lo que puede reforzar el peso de la calidad en los criterios de adjudicación de los contratos públicos.

30 Asimismo, es preciso añadir que los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 53, apartado 1, de la Directiva 2004/18. Así pues, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Sin embargo, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, la sentencia Lianakis y otros, C-532/06, EU:C: 2008:40, apartados 28 y 29, y jurisprudencia citada). A tal efecto, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 impone expresamente que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato (véase la sentencia Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 86).

31 La calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación.

32 Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría.

33 Cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18.

34 Por consiguiente, la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de que se trate.

35 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial que, para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, el artículo 53, apartado 1, letra

a), de la Directiva 2004/18 no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y currículum de sus miembros".

En definitiva, el Tribunal de Justicia, admitiendo la posibilidad de que la calidad profesional pueda ser intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, valida la utilización de un criterio de adjudicación que haga referencia a la experiencia profesional y formación de las concretas personas encargadas de ejecutar un contrato público siempre que ello pueda afectar de manera determinante a la calidad de la ejecución del contrato público, como en el caso de los contratos de prestación de formación o consultoría, es decir, en los contratos de naturaleza compleja por su carácter intelectual.

Por tanto, conforme a lo expuesto, la calidad de las proposiciones, en particular el equipo técnico presentado por los licitadores para la ejecución del contrato, en la medida que esté vinculado al objeto del contrato y sirva para identificar la oferta económicamente más ventajosa, puede ser fijado como criterio de adjudicación, lo que presupone que las cualidades específicas del personal que forma dicho equipo deben constituir un elemento decisivo del valor económico de la oferta sujeta a evaluación por parte del poder adjudicador.

Siendo así, lo que en este caso se impone es determinar si la experiencia que se ha valorado en el condicionado del contrato como criterio de adjudicación constituye una característica intrínseca de la oferta por estar vinculada al contrato o, por contra, se enmarca dentro de la experiencia general de la empresa que no afecta a la calidad de la oferta por no referirse a cualidades de esta sino a características de aquella no relacionadas con el contrato, operación que exige tanto el previo examen de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato como de las condiciones de ejecución del mismo.

SÉPTIMO.- El contrato objeto de examen tiene por objeto, tal y como consta en el cuadro de características del contrato, la implantación del Documento y Expediente Electrónico del Ayuntamiento de Pamplona en base al Plan Director del Documento Electrónico.

Respecto a los perfiles del equipo objeto de contratación, el cuadro de características del contrato en su apartado H) establece la solvencia técnica o profesional de la que deben disponer las empresas licitadoras para la ejecución del contrato, de la forma siguiente:

“Deberá asignarse al contrato como mínimo un equipo de tres personas, que debe tener los siguientes perfiles y por tanto, debe conocer y tener experiencia en las siguientes materias:

- Perfil archivístico: titulación académica que proporcione conocimientos en esta materia y experiencia en archivística y gestión de documentos.

- Perfil en derecho administrativo: titulación académica que proporcione conocimientos en derecho y experiencia en derecho administrativo.

- Perfil técnico: titulación académica que proporcione conocimientos en herramientas informáticas de preservación de documentos a largo plazo; de seguridad y gestión de evidencias electrónicas; y de integración con soluciones de otras Administraciones Públicas.

Una persona de las tres del equipo puede tener uno o más de los perfiles exigidos pero, en todo caso, deben ejecutar el contrato tres personas que reúnan los tres perfiles aquí exigidos.

El conocimiento y la experiencia del equipo asignado al contrato, deberá acreditarse aportando la siguiente documentación:

1. Indicación de las 3 personas asignadas al contrato y el Curriculum Vitae de cada una de ellas.

- Para el perfil de archivística y gestión de documentos: Es necesario titulación universitaria de grado y cursos de especialización, Master o equivalente, en Archivística y Gestión de Documentos, con experiencia mínima de 1 año en la normalización y reingeniería de procedimientos administrativos en entidades del sector público e implantación de Sistemas de Gestión de Documentos y Archivos (SGDA).

- Para el perfil de derecho administrativo: Es necesario titulación universitaria de licenciatura o grado en derecho o cursos de especialización en derecho administrativo o trabajo con experiencia mínima de 1 año en la normalización de procedimientos administrativos en entidades del sector público.

- Para el perfil Tecnológico: Es necesario experiencia mínima de 1 año en la realización de plantillas de Word, diagramas de flujo y asesoramiento sobre las herramientas que se indican en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

2. Relación de proyectos, durante los últimos años, efectuados por el equipo o alguna de las personas destinadas a las que se propone para la ejecución del contrato sobre implantación de planes directores y hojas de ruta orientados a la adaptación e implantación de proyectos relacionados con el documento y expediente electrónico en las Administraciones Públicas de acuerdo con la Ley 11/2007 de acceso electrónico a los servicios públicos, en la que se indique la denominación del proyecto, la fecha y las entidades del sector público receptoras del contrato.

Es necesario haber realizado el equipo o alguna de las personas destinadas a la ejecución del contrato al menos 5 proyectos similares a los contratados en entidades del sector público, debiendo ser 2 de ellos, en Ayuntamientos.(...)”

Por su parte, el cuadro de características del contrato en su apartado L) regula los criterios de adjudicación, en cuanto a la experiencia señala lo siguiente:

“- b.2. Calidad en la prestación de los servicios (máx. 45 puntos)

b.2.1. - Experiencia del personal destinado a la ejecución del contrato (máx. 30 puntos): Se valorará el número de proyectos similares, por encima de los mínimos exigidos en la solvencia técnica, ejecutados por el personal destinado al contrato:

o Para el perfil archivístico se otorgará un máximo de 15 puntos, realizándose la siguiente valoración:

- Se otorgará 1,50 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos de gran población.

- Se otorgará 1,00 punto por cada proyecto realizado en Ayuntamientos con más de 50.000 habitantes pero que no tienen carácter de gran población.

- Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos menores de 50.000 habitantes.

- Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en el resto de Administraciones Públicas y entidades del Sector Público Institucional.

- Para el perfil de derecho administrativo se otorgará un máximo de 10 puntos, realizándose la siguiente valoración:

- Se otorgará 1,50 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos de gran población.

- Se otorgará 1,00 punto por cada proyecto realizado en Ayuntamientos con más de 50.000 habitantes pero que no tienen carácter de gran población.

- Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos menores de 50.000 habitantes.

- Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en el resto de Administraciones Públicas y entidades del Sector Público Institucional.

o Para el perfil tecnológico se otorgará un máximo de 5 puntos realizándose la siguiente valoración:

- Se otorgará 1,50 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos de gran población.

- Se otorgará 1,00 punto por cada proyecto realizado en Ayuntamientos con más de 50.000 habitantes pero que no tienen carácter de gran población.

- Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos menores de 50.000 habitantes.

- Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en el resto de Administraciones Públicas y entidades del Sector Público Institucional.”

Respecto a las tareas o trabajos que debe desarrollar el equipo adjudicatario del contrato, el pliego de prescripciones técnicas del contrato determina los trabajos a realizar por la persona adjudicataria, de la forma siguiente:

“En el ámbito organizativo:

. Realizará y presentará una propuesta de adecuación del personal que compone la plantilla orgánica del Ayuntamiento de Pamplona, que incluirá la

definición de los roles, responsabilidades y formación necesarias para el cumplimiento del Plan Director.

En el ámbito de la Gestión Documental:

. Realizará un catálogo de los procedimientos que se tramitan en las diferentes Áreas Municipales y resto de entidades del sector público del Ayuntamiento de Pamplona, y una propuesta de Normalización de nomenclatura de dichos procedimientos inventariados, indicando los plazos de tramitación para cada uno de ellos y el sentido del silencio administrativo.

. Integrará el Catálogo de los procedimientos administrativos del Ayuntamiento de Pamplona, sus organismos autónomos y empresas públicas en el cuadro de Clasificación de Fondos, en colaboración con el Archivo Municipal.

. Validará o realizará una propuesta de adecuación, si procede, del Formulario de Identificación de Serie Documental (ver anexo complementario).

. Rellenará los Formularios de Identificación de Series Documentales que proporcionarán, entre otros aspectos, el vocabulario de metadatos de la serie documental y una propuesta de calendario de conservación para cada serie documental identificada.

. Realizará el diagrama de flujo y la definición del vocabulario de los metadatos asociados a la tramitación de 10 procedimientos consensuados entre el Ayuntamiento de Pamplona y la persona adjudicataria del contrato, así como las plantillas en Word de los documentos-tipo asociados a cada trámite, según el Formulario de Identificación de Serie Documental previamente cumplimentado. Las plantillas constarán de texto y marcadores donde se incluirán los datos de los trámites. No será necesario realizar programación en las mismas.

En el ámbito Tecnológico:

-ANIMSA incorporará la información de los 10 procedimientos tipificados en la aplicación de Gestión de Expedientes del Ayuntamiento de Pamplona.

-La persona adjudicataria asesorará al Ayuntamiento y a ANIMSA en la definición funcional de los requerimientos y, si fuera el caso, posterior selección de herramientas necesarias para el total cumplimiento del PDDE, como por ejemplo, y de forma no exhaustiva:

Herramientas de preservación de documentos a largo plazo

Herramientas de Seguridad necesarias para cumplir los criterios establecidos en el ENS

Integración/utilización de soluciones proporcionadas por otras Administraciones Públicas (Ejemplo: Archive, Registro de Apoderados, etc.)

Herramientas de gestión de evidencias electrónicas

Para ello, y tras la realización del trabajo anterior, la persona adjudicataria presentará una propuesta de herramientas a utilizar para cubrir estos aspectos, u otros de los que se detecte carencia durante la implantación del Plan Director.”

Del examen de las tareas del equipo se observa que el contrato examinado es un contrato de asistencia de implantación de un sistema electrónico de tramitación de los procedimientos administrativos previstos en la normativa de aplicación y de acuerdo lo previsto en el propio documento del plan director del expediente electrónico.

En ese sentido, la necesidad a satisfacer, según consta en el cuadro de características del contrato, consiste en la adaptación de los procedimientos administrativos del Ayuntamiento de Pamplona y de las entidades que componen su sector público a los requisitos de tramitación electrónica marcados por la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en adelante, Ley 39/2015); Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, Ley 40/2015) y Ordenanza Municipal Reguladora de la Administración Electrónica del Ayuntamiento de Pamplona.

Si se examina la naturaleza de los trabajos que comprende la ejecución del contrato de asistencia licitado, se puede concluir, a la vista de su contenido, que no pueden ser considerados de naturaleza compleja toda vez que refieren a trabajos archivísticos, o de recopilación de datos y procedimientos en formato electrónico que, por lo menos, no requieren una especial cualificación más allá de la titulación superior que se requiere a los miembros del Equipo Técnico como requisito de solvencia de la empresa adjudicataria.

De acuerdo con lo expuesto, se aprecia que el contrato examinado resulta un contrato de asistencia reglado y guiado por la normativa de aplicación y el plan director del documento electrónico confeccionado por el Ayuntamiento, por lo que no resulta un contrato de especial complejidad, ni de carácter intelectual, asesoría o de servicios de arquitectura, para los que la normativa habilita únicamente la valoración de la experiencia de los equipos dentro de los criterios de adjudicación.

Así, no se considera que en los perfiles archivístico y el perfil en derecho administrativo del equipo resulte necesaria una valoración de la experiencia, cuando se trata de recopilar e implementar unos procedimientos administrativos que ya se hayan previstos en la normativa de aplicación y que hay que incluirlos en el soporte informático.

En definitiva, la regulación como criterio de adjudicación de la experiencia no aporta ningún plus a los criterios cualitativos de selección de licitadores determinados por la experiencia general de la empresa y la cualificación curricular de su personal, por lo que no queda justificada en tanto en cuanto no ha resultado acreditado que la composición del Equipo Técnico adscrito al cumplimiento del contrato dote de calidad a la oferta por ser clave en su ejecución.

Por lo señalado, la valoración de una experiencia no vinculada al objeto del contrato y no dirigida a identificar la mejor oferta, sino referida a la cualidad subjetiva de los licitadores, comporta una ilegalidad que restringe la concurrencia entre los licitadores, además especialmente intensificada al otorgársele una ponderación de hasta un 30%, más de una cuarta parte del total de la puntuación, que comporta una vulneración del principio de competencia así como el de igualdad y no discriminación, acogidos todos ellos como principios rectores de la contratación en el artículo 21 LFCP.

Siendo así, no cabe sino apreciar la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho en el criterio de adjudicación impugnado que ha de conllevar su anulación junto con la de todo el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin posibilidad de

conservación alguna, como ya ha sido señalado anteriormente por este Tribunal, por todos el Acuerdo 45/2016, de 8 de agosto, con referencia en la sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2016, que señala que “ (...) se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.”

OCTAVO. El segundo posible motivo de nulidad que debe abordarse es la valoración de la experiencia pública y en concreto, la valoración de la experiencia prestada para las Administraciones Públicas dentro de los criterios de adjudicación.

Debe partirse de que la normativa, con carácter general, tiene en consideración la experiencia en la contratación por parte de las empresas licitadoras, sin que esté limitada a un determinado ámbito, es decir, no se diferencia entre sector público y sector privado y tampoco entre ayuntamientos y otros entes públicos.

La Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, regula la cuestión en su artículo 58.4, párrafos primero y segundo:

“4. Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.

Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado. Los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato.”

La Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos en su artículo 14, solvencia técnica o profesional del licitador, establece lo siguiente:

“1. Los licitadores deberán acreditar la solvencia técnica o profesional para la ejecución del contrato, entendiendo por ella la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del contrato, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada al importe económico del contrato.

2. La capacidad técnica de los contratistas podrá acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de las asistencias:

a) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución de las más importantes donde conste el importe, la fecha y el lugar de ejecución de la obra, con indicación de si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y si se llevaron normalmente a buen término.

b) Relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho.”

Del marco normativo se desprende que se valora la experiencia en relación con los servicios prestados en el ámbito privado o públicos sin diferenciar o discriminar en cuanto al destinatario, público o privado, para el que se prestan los servicios. Así, aunque la regulación se refiere a la experiencia como requisitos de solvencia técnica, resulta de aplicación a la valoración de la experiencia dentro de los criterios de adjudicación.

El legislador ha tomado partido por la competencia y, por tanto, por la apertura de la contratación pública, por encima de la mayor tranquilidad o seguridad del órgano de contratación, que teóricamente podría haber justificado que se favoreciera a las empresas con experiencia. Una decisión valorativa del legislador (vinculante, como es obvio, para la Administración y los órganos judiciales) que no carece de fundamento,

puesto que inclinarse exclusivamente por la experiencia (por lo ya conocido) priva a los órganos del sector público, no sólo de contar con un mayor número de oferentes que pueden mejorar las condiciones de la contratación, sino de la entrada en juego de nuevos operadores que pueden perfectamente mejorar el desempeño de los ya conocidos.

En este sentido, la Resolución 113/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid determina que: *”En aquellos supuestos en los que la solvencia se acredite por la experiencia por así disponerlo los pliegos, debe acreditarse la existencia de la misma en los términos expuestos siendo, en principio, indiferente si el destinatario de aquéllos previos servicios es público o privado, sin que sea posible que el órgano de contratación ciña la experiencia al sector público excluyendo al privado o, viceversa, al privado con exclusión del público.”*

El Acuerdo 9/2014, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que anula un requisito de experiencia que se incluía en el pliego de un contrato de obra, señala: *“Pese a la compleja redacción y técnica normativa del precepto, parece claro que la voluntad del legislador es prohibir toda ventaja que se otorgue a un contratista por haber celebrado contratos con el sector público. Pues bien, el artículo 45 de la Ley 14/2013, que no se ha incorporado al TRLCSP —a excepción de la causa de nulidad de su número 2, que se incorpora en el artículo 32 d) TRLCSP—, conlleva que el requisito señalado en el Anexo III del PCP —la experiencia en, al menos, una obra para la Administración pública de importe superior a 10.000.000 €—, incurre en nulidad de pleno derecho; en la medida en que implica una discriminación objetiva, —y así sucede en relación a la experiencia en obras similares de otros poderes adjudicadores, como sería el propio ITA, o empresas privadas—; y supone otorgar una ventaja directa o indirecta a quien ha contratado con la Administración; pues es evidente que dicha experiencia se ha obtenido a través de un contrato previo con aquélla”.*

En el caso que nos ocupa, el pliego de cláusulas administrativas particulares contempla el siguiente criterio de adjudicación:

“b.2.1. - Experiencia del personal destinado a la ejecución del contrato (máx. 30 puntos): Se valorará el número de proyectos similares, por encima de los mínimos exigidos en la solvencia técnica, ejecutados por el personal destinado al contrato:

- Para el perfil archivístico se otorgará un máximo de 15 puntos, realizándose la siguiente valoración:

Se otorgará 1,00 punto por cada proyecto realizado en Ayuntamientos con más de 50.000 habitantes pero que no tienen carácter de gran población.

Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos menores de 50.000 habitantes.

Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en el resto de Administraciones Públicas y entidades del Sector Público Institucional.

- Para el perfil de derecho administrativo se otorgará un máximo de 10 puntos, realizándose la siguiente valoración:

Se otorgará 1,50 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos de gran población.

Se otorgará 1,00 punto por cada proyecto realizado en Ayuntamientos con más de 50.000 habitantes pero que no tienen carácter de gran población.

Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos menores de 50.000 habitantes.

Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en el resto de Administraciones Públicas y entidades del Sector Público Institucional.

- Para el perfil tecnológico se otorgará un máximo de 5 puntos realizándose la siguiente valoración:

Se otorgará 1,00 punto por cada proyecto realizado en Ayuntamientos con más de 50.000 habitantes pero que no tienen carácter de gran población.

Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en Ayuntamientos menores de 50.000 habitantes.

Se otorgará 0,75 puntos por cada proyecto realizado en el resto de Administraciones Públicas y entidades del Sector Público Institucional.

A estos efectos, se considera Administración Pública según lo previsto en el artículo 2.3. de la Ley 39/2015 y de la Ley 40/2015, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público dependientes de una Administración Pública.

Asimismo, se entiende por sector público institucional las entidades indicadas en el artículo 2.2. de la Ley 39/2015 y de la Ley 40/2015:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas.

c) Las universidades públicas.”

Del examen de dicho criterio se observa que se valora únicamente la experiencia prestada para Administraciones Públicas y además, se valora de forma predominante y muy ventajosa la prestada para Ayuntamientos y entre ellos, los de gran población, a los que se otorga el doble de la puntuación atribuida a los trabajos desarrollados para otras administraciones.

A la vista de la naturaleza del contrato, la adaptación de los procedimientos administrativos del Ayuntamiento de Pamplona a la tramitación electrónica, no se advierte justificado que solo se valore la experiencia obtenida en trabajos realizados para administraciones públicas cuando en principio se puede prestar este servicio en el ámbito privado, dado que no es un servicio reservado de forma expresa a la competencia de las Administraciones Públicas.

Además, se advierte que no se valora en igualdad de condiciones la experiencia prestada para Ayuntamientos de pequeña población frente a la prestada para otras Administraciones, como las de las Comunidades Autónomas o la del Estado, cuando todas estas Administraciones deben facilitar igualmente el acceso electrónico a los ciudadanos y de forma progresiva va a tramitar de forma electrónica los procedimientos administrativos, tal y como se establece en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (artículos 13 y 14) y las normas de desarrollo aplicable en cada caso.

La Resolución 113/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid señaló lo siguiente: *“El requisito exigido en la cláusula 8.3.2 del PCAP relativo a la acreditación de la solvencia técnica mediante certificados de*

buena ejecución de ayuntamientos, incurre en nulidad de pleno derecho en la medida en que implica una discriminación objetiva, -por su limitación a solo unas determinadas entidades de la administración local, los ayuntamientos- y supone otorgar una ventaja directa o indirecta a quien ha contratado con ayuntamientos frente a otros que también pueden acreditar experiencia en relación a la ejecución del contrato al haber contratado con otras entidades.”

De acuerdo con lo expuesto, este criterio de adjudicación otorga una ventaja discriminatoria a las entidades que han desarrollado servicios para Ayuntamientos de gran población, lo que supone restringir la competencia y facilitar la consolidación de los actuales proveedores de servicios, por lo que incurre en nulidad al vulnerar el principio de competencia, así como el de igualdad de trato y no discriminación, previstos en el artículo 21 LFCP.

Por tanto, de conformidad con todo lo expuesto, procede estimar la reclamación interpuesta y anular los pliegos reguladores de las condiciones del contrato de los trabajos de "Implantación del documento y expediente electrónico del Ayuntamiento de Pamplona", sin posibilidad de convalidación alguna.

En consecuencia, previa deliberación, por mayoría, con el voto particular del Presidente del Tribunal, don Javier Martínez Eslava, y al amparo de lo establecido en el artículo 212.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)” contra la adjudicación de la asistencia de "Implantación del documento y expediente electrónico del Ayuntamiento de Pamplona", promovido por la Asociación Navarra de Informática Municipal, S.A. (en adelante, ANIMSA).

2º. Notificar el presente Acuerdo al reclamante, a los licitadores y a la Asociación Navarra de Informática Municipal, S.A. y acordar su publicación en la sede electrónica 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.

VOTO PARTICULAR que formula el Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, don Javier Martínez Eslava, al Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)” contra la adjudicación de la asistencia de "Implantación del documento y expediente electrónico del Ayuntamiento de Pamplona", promovida por “Asociación Navarra de Informática Municipal, S.A.”

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

PRIMERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2016, entre las 18:05 horas y las 18:49 horas, “INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)” realizó un total de 63 interacciones con el sistema de control de acceso y representación del Portal de Contratación de Navarra, sin que lograra presentar una reclamación en materia de contratación pública por casusas que no han sido acreditadas.

Por ello, procedió el mismo día a enviar su reclamación a la dirección de correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de

Navarra, indicando la remisión de la reclamación por imposibilidad de presentación a través del Portal de Contratación de Navarra,

Respecto a estos intentos de acceso al sistema, el Director del Servicio de Sistemas de Información Corporativos de la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia del Gobierno de Navarra, órgano responsable del Portal de Contratación de Navarra, según lo determinado en el Decreto Foral 198/2015, de 9 de Septiembre, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia, informa con fecha 31 de mayo de 2017 lo siguiente:

“- Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es <https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx>, utiliza un sistema de control de acceso y representación gestionado por Gobierno de Navarra cuya auditoría ha sido revisada y se ha detectado que el usuario (reclamante) permaneció activo y de forma ininterrumpida en la aplicación desde las 18:05 horas hasta las 18:49 horas del día 5/12/2016, detectándose un total de 63 interacciones con el sistema de control de acceso y representación.

- Que el problema para realizar la presentación de la reclamación por parte del usuario INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A el día 5/12/2016 a través de la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es <https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx> encajaría en un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, Java, vista de compatibilidad...), ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el

canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de Presentación de reclamaciones funcione correctamente.

En resumen, los sistemas que soportan la aplicación web del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de Reclamaciones han funcionado correctamente en el periodo comprendido entre las 18:05 horas y las 18:49 horas del día 5/12/2016, habiendo de tenerse en cuenta, en todo caso, que los sistemas telemáticos se ofrecen utilizando diversos componentes tecnológicos y en ocasiones, en función de los navegadores que esté utilizando el usuario y de sus versiones, puede requerir realizar determinadas configuraciones que pueden implicar cierta complejidad y, al respecto, se ha comprobado que el usuario (reclamante) estuvo intentando realizar el trámite administrativo de forma ininterrumpida, durante el periodo de tiempo citado.”

Es decir, queda acreditado que la reclamante intentó acceder al sistema de presentación de reclamaciones del Portal de Contratación de Navarra y, al no conseguirlo, desistió y envió la reclamación a una dirección de correo electrónico totalmente ajena al sistema normativamente establecido.

SÉGUNDO.- Dispone el artículo 212.1 de la LFCP que la reclamación en materia de contratación pública se presentará telemáticamente en el Portal de Contratación de Navarra, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, conforme a las prescripciones que se determinen reglamentariamente.

A estos efectos, el Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre establece en los apartados 1 y 3 de su artículo 12 que los interesados podrán acceder al Portal de Contratación a través del Portal de Navarra (www.navarra.es) o directamente a través de “www.contrataciones.navarra.es” y que el acceso al Portal se realizará de forma que se garantice un control de la autenticación de los usuarios, aplicando modos de acceso estandarizados con un nivel de seguridad alto e integrable en los sistemas de autenticación de la infraestructura del Gobierno de Navarra. Tras la autenticación se realizará la autorización de los usuarios utilizando, en lo posible, las metodologías implantadas en el Gobierno de Navarra.

El apartado 2 del citado artículo determina que *“El uso del Portal supone la aceptación incondicional de las condiciones de su utilización”*.

Por tanto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 212.1 de la LFCP, el único medio válido para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra es el cauce telemático establecido en el Portal de Contratación de Navarra. En el citado artículo se fija una vía especial regulada con carácter preceptivo para la tramitación de las reclamaciones, sin que en ningún caso puedan considerarse como una vía alternativa los registros administrativos, electrónicos u ordinarios, propios del Gobierno de Navarra o ajenos, que sirven de puerta de entrada de documentación para la tramitación en otros procedimientos de impugnación ordinarios, o cualquier otro medio como el correo postal, la mensajería o el correo electrónico. En coherencia con ello, la LFCP establece como causa de inadmisión de la reclamación (artículo 213.3.f), la presentación de la misma fuera del cauce telemático establecido en esta Ley Foral.

Como hemos significado en anteriores acuerdos (por todos el Acuerdo 13/2017, de 22 de marzo) la pretensión de la LFCP es diseñar un procedimiento ágil de recurso frente a las decisiones de las entidades adjudicadoras de contratos públicos. Para ello el legislador navarro ha optado por emplear como instrumento la tramitación enteramente telemática del procedimiento a través del Portal de Contratación de Navarra, no como un derecho, sino como 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.

Los restantes tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública, han mantenido una posición unánime al respecto. Sin carácter exhaustivo, así lo confirman la Resolución 232/2012, de 24 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que inadmite por extemporáneo un recurso que se

presentó en otro registro y entró extemporáneamente en el registro del Tribunal; la Resolución 105/2013, de 7 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; las Resoluciones 23/2012, de 8 de noviembre, y 26/2012 de 5 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y el Acuerdo 15/2012, de 27 abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Como se ha informado por el Director del Servicio de Sistemas de Información Corporativos de la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública, la reclamante intentó acceder al sistema electrónico de reclamaciones sin conseguirlo.

También se ha informado que el problema para realizar la presentación de la reclamación por parte del usuario encajaría en un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, J... -un lenguaje de programación concreto-, vista de compatibilidad...), ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de presentación de reclamaciones funcione correctamente.

Finalmente, el Director del Servicio también informa:

“- Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es <https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx>, permaneció operativa el día 5/12/2016 desde las 18:05 horas, (momento en el que el reclamante INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A inició la presentación telemática de su reclamación) hasta las 18:49 horas (momento en el que el reclamante interrumpió la presentación de la reclamación a través de la aplicación web, contra la licitación

correspondiente a la “Implantación del documento y expediente electrónico del Ayuntamiento de Pamplona”), ya que en ese periodo no se muestran errores o excepciones que indiquen problemas de infraestructura ni en los servidores WEB ni de Base de datos, en los que se encuentra desplegada dicha aplicación web.

- Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es <https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx>, utiliza un canal seguro gestionado por Gobierno de Navarra para la incorporación de los documentos aportados por los reclamantes y no hay registrados envíos, ni fallidos ni correctos, para el canal para el usuario INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A, CIF= A28855260 el día 5/12/2016.”

En nuevo informe del mismo órgano, emitido a requerimiento del Tribunal con fecha 29 de junio, se expresa lo siguiente:

“Los problemas que experimentan en general las empresas no son causados por versiones concretas de los navegadores, o requisitos técnicos que no tiene configurados previamente (esas cuestiones las saben resolver más o menos rápidamente los técnicos de soporte), sino por configuraciones de J... (un lenguaje de programación concreto), que afectan de modo parecido a todos los navegadores (aunque no exactamente de la misma manera, y en cada caso, la forma de solución es diferente).

El problema se centra en la firma mediante certificado. Firmar con certificado implica ejecutar programas en el puesto de trabajo del usuario, aunque a aplicación sea web y sea suficiente con un navegador en general, la firma con certificado (todas las operaciones criptográficas) se basan en leer un certificado que está en el puesto de trabajo, y ejecutar un algoritmo complejo de cifrado; para ello, la tecnología habitual hoy en día es ejecutar un applet de J..., que es una pequeña aplicación que se descarga automáticamente en el puesto y se ejecuta. Desde que O.....(una empresa) se ha hecho cargo de J... (antes lo mantenía la empresa S..., pero O..... compró S..), la seguridad de esta tecnología ha ido cayendo, de modo que muchos virus aprovechan estos

mecanismos para propagarse a los puestos de trabajo (y las versiones de J... no responden lo suficientemente rápido a estos problemas de seguridad que se detectan); la respuesta de las empresas propietarias de los navegadores (o de las comunidades en el caso de navegadores de software libre) ha sido la de restringir la ejecución de programas j..., si el puesto de trabajo (el navegador, las versiones de J..., etc.) no está configurado con un nivel de seguridad aceptable. Y como siempre sucede, más seguridad, implica restringir funcionalidad (si no tienes la llave correcta, no puedes abrir la puerta). Por ejemplo, una de las posibles configuraciones es no permitir ejecutar versiones de J... si no son la última (y sale una nueva versión de J... 5-6 veces al año o más).

Por tanto, no es una cuestión técnica sencilla de resumir, ni fácil de actualizar. No es tan simple como versiones concretas de un navegador o de otro, sino configuraciones de seguridad de todo el conjunto, del puesto de trabajo, de las versiones de J... instaladas, y de las configuraciones concretas del navegador en relación a la seguridad y la ejecución de programas (applets) de J... (estas configuraciones en concepto son parecidas, pero en cada navegador, y a veces según versiones, se hacen de modo diferente).

Es decir, recalco: no es un problema del portal de contratación, que no se haya hecho compatible con determinados navegadores, y por tanto podamos resumir diciendo que con tales navegadores funciona y con otros no; es un problema de seguridad de J..., culpa de O....., que como no es capaz de resolverlo de manera ágil, son los diferentes navegadores quienes protegen a los usuarios siendo muy restrictivos en la ejecución de programas J... y eso dificulta la firma de certificados, que hoy por hoy se basa en esas tecnologías (no en gobierno de Navarra, sino en todo el mundo). A veces se resuelve actualizando a la última versión de J... (que en un puesto de trabajo de una empresa no es trivial, y puede afectar a otras aplicaciones), cambiando configuraciones de los navegadores para permitir ejecuciones (cuando es posible), a veces es necesario hacer ambas cosas en conjunto, y además, lo que hoy te funciona o has arreglado, cambian la versión de J..., o cambia la manera de trabajar del navegador, y mañana te deja de funcionar, y es complejo y costoso encontrar el

problema y la solución), pero la solución no suele ser sencilla y rápida de aplicar (y normalmente requiere de que la persona que esté delante del ordenador tenga conocimientos informáticos avanzados, no vale con lo que le diga un operador por teléfono).

En el caso que nos ocupa la reclamante intentó presentar la reclamación. Después, sin conseguirlo y no por problemas de la aplicación o del sistema general del Portal de Contratación de Navarra sino por problemas generados en su propio equipo informático que no pudo o supo resolver, decidió enviar un mensaje de correo electrónico a una dirección ajena al sistema de reclamación normativamente establecido, adjuntando el escrito de reclamación.

CUARTO.- La reclamación en materia de contratación pública es un medio de impugnación de carácter potestativo y sustitutivo de otros recursos (artículo 210.6 de la LFCP). Por ello, el interesado, a fin de oponerse a una decisión adoptada en un procedimiento de licitación de un contrato que le excluya de la licitación o perjudique sus expectativas, bien puede optar por uno de los recursos establecidos en la normativa reguladora del procedimiento administrativo (alzada o reposición) o bien puede interponer la reclamación ante este Tribunal, en cuyo caso le estará vedada la interposición simultánea de cualquier otro recurso administrativo basado en el mismo motivo (artículo 210.6 in fine de la LFCP).

Es al interesado a quien corresponde elegir el medio de impugnación que prefiera pero, no obstante, si escoge la reclamación ante este Tribunal, deberá ajustarse al procedimiento establecido ya que, como hemos significado, la norma que regula estos procedimientos (Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre) determina que el uso del Portal *“supone la aceptación incondicional de las condiciones de su utilización”*.

En consecuencia, si el sistema electrónico de reclamación funciona correctamente, tal y como se regula en la norma, el interesado nunca podrá alegar indefensión si no es capaz o no realiza el esfuerzo técnico o material necesario para

utilizar el procedimiento electrónico, teniendo a su disposición, además, los demás medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico.

A todo esto se debe añadir que las normas que rigen el acceso a los recursos son de carácter imperativo (de orden público), no disponibles para las partes ni para el órgano que debe resolverlos. El examen de su observancia no está condicionado a la alegación de parte y puede el Tribunal apreciar de oficio la concurrencia de una causa que impida la admisión del recurso (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005), por lo que es obligado examinar en fase de decisión la pertinencia de la formulación del recurso (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008).

Finalmente, siendo la regla de la posibilidad de subsanación la que debe presidir todo procedimiento, en un procedimiento especial con una regulación también especial, como es el caso, no resulta de aplicación en este punto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Todo ello presidido por la especial celeridad perseguida.

Por ello, la reclamación debió ser inadmitida, como también debe ocurrir con cualquier otra que se interponga fuera del cauce telemático dispuesto por la norma (sea en papel, a través de los diversos registros, por correo electrónico, por fax, etc.).

En conclusión, reiterando previamente el profundo respeto que me merece la opinión de mis compañeros del Tribunal, debo manifestar mi oposición al Acuerdo adoptado.

Pamplona, 30 de octubre de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.