



Expte.: R-18/2015

ACUERDO 15/2015, de 3 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don R.A.A., en su propio nombre y en representación de los licitadores en participación conjunta con él, doña S.A.S.M., doña A.J.E.I. y don F.M.E., frente al acuerdo de la Mesa de Contratación actuante en el procedimiento para la adjudicación del contrato de *“Gestión del centro de interpretación de la naturaleza en Lumbier durante el año 2015”*, por el que se decide su exclusión del procedimiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 diciembre de 2014 el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local del Gobierno de Navarra publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de *“Gestión del centro de interpretación de la naturaleza en Lumbier durante el año 2015”*.

SEGUNDO.- Según consta en el acta correspondiente, el día 8 de enero de 2015 la Mesa de Contratación actuante en el procedimiento acordó la exclusión de la licitación de los reclamantes por comprobar que *“en el dossier aportado (página 144) se incluye como anexo 9 un presupuesto con el coste de los trabajos a realizar”* lo que constituye, a juicio de la Mesa, causa de exclusión del licitador por contravenir el artículo 52.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCEP), según el cual, dice la Mesa, *“la oferta económica debe presentarse de forma separada y debe mantenerse en secreto hasta el momento de su apertura pública”*. Esta decisión se comunica a los reclamantes el día 22 de enero de 2015, en el acto público de apertura de la oferta económica.

TERCERO.- Con fecha 31 de enero de 2015, don R.A.A. interpone reclamación en materia de contratación pública en la que se alega la existencia de trato discriminatorio e infracción del principio de libre concurrencia puesto que considera que no ha incluido de forma incorrecta documentación relativa a la oferta económica en el sobre relativo a la oferta técnica sino que ha presentado información adicional y datos de carácter económico en la oferta técnica con la finalidad de dar cumplimiento a los requerimientos necesarios para el cumplimiento del contrato. Por todo ello solicita que se valore su oferta técnica sin contemplar el anexo 9 como motivo de exclusión.

CUARTO.- Con fecha 23 de febrero de 2015 el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local aporta el expediente administrativo y presenta escrito de alegaciones en el que señala que el ahora reclamante fue excluido de la licitación ya que en su sobre nº 2 (propuesta técnica) incluye como “*anexo 9*” un presupuesto con el coste de los trabajos a realizar y que, en el procedimiento abierto, esto constituye causa de exclusión del licitador, por contravenir el artículo 52.2 de la LFCP (según el cual la oferta económica debe presentarse de forma separada y debe mantenerse en secreto hasta el momento de su apertura pública). Afirma también que la valoración de la oferta económica de la propuesta como adjudicataria se ha realizado conforme a lo previsto por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

QUINTO.- El mismo día 23 de febrero de 2015 se da traslado del expediente a los interesados para que en el plazo de tres días hábiles aporten las alegaciones que consideren interesar a su derecho. Transcurrido el plazo, ninguno de los interesados ha hecho uso de esta facultad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, de la que forma parte el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están

sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de diez días naturales previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- Se impugna el acuerdo de la Mesa de Contratación del procedimiento para la contratación de la gestión del centro de interpretación de la naturaleza en Lumbier durante el año 2015, por el que se decide su exclusión del procedimiento lo que a juicio del reclamante constituye una infracción del principio de igualdad y de las normas de concurrencia, lo cual está incluido entre los motivos tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- Como motivo de impugnación los reclamantes aducen que el PCAP, en su página 6, indica: *“SOBRE 3. OFERTA ECONÓMICA: Será única, incluirá el importe neto y el importe incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (21 %) deberá elaborarse conforme al modelo que figura en el ANEXO III del presente Pliego”* y que, sin embargo, el ANEXO III no corresponde a un modelo de oferta económica, sino a una declaración responsable de cumplir los requisitos exigidos para poder participar en la licitación.

En relación con este apartado, señalan que ninguna aclaración al respecto se ha realizado en el Portal de contratación de Navarra y que la Mesa, en el acto público del 22 de enero, expuso verbalmente ser conocedora de este error en el PCAP.

Ante esta “*anómala situación*”, dicen los reclamantes, reconocen que incluyeron un anexo 9 titulado “Presupuesto global desglosado” con datos económicos, actuación que justifican en los siguientes motivos, que a continuación resumimos:

- a) Ante el error y teniendo en cuenta que el PCAP establecía en su página 1, apartado D “*Si el contrato se adjudicara con posterioridad al 1 de enero, se descontará del mismo el importe resultante de multiplicar las horas propuestas en el periodo del 1 de enero a la firma del contrato multiplicado por el coste por hora de la oferta adjudicada*”, consideraron que era necesario ese desglose para el cálculo del coste por hora al que hace referencia dicho pliego, así como indicar los gastos (como por ejemplo de los productos de limpieza) que el propio pliego (pág. 13) obligaba asumir al licitador, por lo que decidieron incluir en el sobre de la oferta técnica los datos económicos referidos.
- b) De la regulación de la oferta económica establecida en el PCAP [*incluirá el importe neto y el importe incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (21 %)*] se deduce que no cabía un detallado desglose de los gastos en los que el adjudicatario debería incurrir para el desarrollo de las funciones asignadas, y que el propio pliego en su página 13 detalla.
- c) El equipo decidió incluir en su propuesta técnica en forma de anexo, un anexo 9, denominado “*presupuesto total desglosado*”, en el que aportaba la información que consideraba podría ser de interés. Este anexo 9 no es una oferta económica, es un desglose de costes económicos que debe soportar el adjudicatario. Pero no se desvela cuál es la oferta económica que se realiza, no desvela cuál de esos gastos y en qué porcentaje son ofertados por el licitador.
- d) No se trata de la inclusión incorrecta de documentación relativa a la oferta económica en el sobre relativo a la oferta técnica, sino de la inclusión de información adicional y datos de carácter económico en la oferta técnica con la finalidad de dar cumplimiento a los requerimientos necesarios para el cumplimiento del contrato, según los Pliegos, en todas sus vertientes, y que por

ello mismo se denominaba presupuesto global (como Anexo) y no oferta económica, del mismo modo que en el sobre 1, documentación general, la documentación presentada, que fue admitida como válida por la Mesa de Contratación, se presentaban datos económicos, en concreto, el presupuesto del software de gestión que el propio pliego exigía disponer.

Como conclusión, los reclamantes afirman que el hecho de reflejar datos económicos no desvirtúa el carácter del documento como parte integrante de la oferta técnica, y valorable, como tal, desde un punto de vista técnico por lo que la exclusión por esta causa implica un trato discriminatorio y una infracción de la libre competencia. Finalmente significan que pueden haber incurrido en un exceso de celo al facilitar más información de la expresamente solicitada, *“inducido por varios errores y contradicciones cometidas por la propia unidad gestora del contrato”*.

Frente a estos motivos ninguna argumentación jurídica presenta el órgano de contratación en su informe, salvo la reiteración literal de lo acordado por la Mesa de contratación y su motivación, que se recogen en el antecedente segundo.

SEXTO.- En la cláusula 4ª del PCAP *“CONTENIDO QUE DEBERÁN TENER LAS PROPUESTAS”*, en cuanto al contenido del *“Sobre 2. OFERTA TÉCNICA”*, se indica que se deberá tener en cuenta el calendario, horario de apertura y resto de especificaciones recogidas en el Pliego de condiciones técnicas, y se exige la presentación de los siguientes documentos:

- a) Plan de Atención al Público y Gestión del Centro.
- b) Plan de gestión de los Servicios de Interpretación Ambiental de la zona de influencia del Centro de Interpretación de Lumbier.
- c) Plan de apoyo a los Servicios de la Dirección General de Medio Ambiente y Agua.
- d) Plan de colaboración en la zona y de dinamización ambiental y turística.

De cada uno de estos documentos se hace una descripción de su contenido obligatorio, relativo a horas de atención ofertadas; horarios del servicio; recursos humanos ofertados; gestión de la información; productos de limpieza a utilizar; recursos materiales adicionales a aportar por el licitador; atención de los servicios de interpretación ambiental, etc. Pero en ningún caso se establece la obligación de incluir un “*Presupuesto global desglosado*” ni ninguna otra mención a datos económicos.

Al respecto, y como primer apunte de hacia donde se va a dirigir nuestra decisión, procede traer aquí la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 19 de marzo de 2001), en la que el alto Tribunal manifiesta: “*esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía*”.

Esta doctrina, recogida, como no puede ser de otra manera, por todos los tribunales administrativos de resolución de recursos especiales en materia de contratación pública, hace que sea inviable, como significa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en diversas resoluciones (por todas la número 321/2013), que respecto del PCAP “*se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación* (en nuestro caso reclamación)

contra los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”.

Y no solamente hace inviable la impugnación del PCAP pasado el plazo de recurso, salvo en el caso de nulidad de pleno derecho, sino que también hace inviable una reclamación en la que se aduce como motivo del incumplimiento por parte del licitador de las previsiones del PCAP (recordemos, la Ley del contrato) un error incluido en él, como ocurre en este caso, siempre que dicho error, como luego veremos, no suponga una infracción de los principios que rigen la contratación pública.

En este caso, si bien es cierto que el PCAP incurre en error cuando determina que la oferta económica se presentará conforme al modelo recogido en su Anexo III, dado que dicho Anexo lo que contiene es el modelo para presentar una declaración responsable sobre el cumplimiento de determinadas obligaciones (solventía, obligaciones tributarias y de seguridad social e inexistencia de prohibiciones de contratar), en ningún caso el Pliego establece la obligación o necesidad de aportar un “*presupuesto total desglosado*” ni puede, dada la claridad de su tenor literal, dar lugar a que el licitador incurra en un error invencible que le lleve a incluir en el sobre correspondiente a la proposición técnica información que el PCAP en ese apartado no recoge.

Si el licitador en el momento de preparar la oferta advirtió el error del PCAP bien pudo impugnarlo o bien solicitar del órgano de contratación las oportunas aclaraciones (artículo 27 de la LFCP). Lo que nunca debió hacer es lo que hizo: adelantar en la proposición técnica su oferta económica.

SÉPTIMO.- El apartado 1 del artículo 21 de la LFCP establece que las entidades sometidas a la norma otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria.

Como afirma el TACRC en su Resolución 571/2014, entre otras, *“El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).”*

En aplicación de estos principios, el apartado 1 del artículo 52 de la LFCP establece que las proposiciones de los interesados serán secretas hasta el momento de su apertura, y el apartado 2 del mismo artículo dispone que en los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, como es el caso, las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta y que el precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración.

La infracción de este mandato no puede tener otra sanción que la exclusión del licitador afectado. Como determina la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su informe 68/08, de 2 de diciembre, relativo a un supuesto de inclusión de información de aspectos económicos de la oferta en la documentación técnica, esto *“hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas”*. En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución nº 120/2012.

Una solución distinta para el caso planteado, además de infringir el citado artículo 52.2 de la LFCP, supondría que la Mesa de Contratación valorara la oferta técnica de un licitador conociendo *a priori* un elemento trascendental, su oferta económica, sin conocerla en el caso de los demás licitadores, con clara infracción del principio de igualdad de trato que debe regir el procedimiento, como hemos visto.

OCTAVO.- No obstante lo dicho, cualquier error del licitador no puede suponer su exclusión automática. Como resuelve la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 6 de noviembre de 2012, *“Tampoco en lo relativo a la vulneración del secreto de las proposiciones cabe admitir ese criterio automático de exclusión aplicado por el órgano de contratación, que invoca la cláusula 4.7.3 del Pliego; dicha cláusula dispone, efectivamente, que "la inclusión en los sobres nº 1 o nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador por vulnerar el carácter secreto de las ofertas" a que se refiere el art. 129.2. LCSP. Tal interpretación resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre competencia, también formulado en el art. 1 de la Ley, pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula; frente a lo que se dice en la contestación a la demanda por el Abogado del Estado y la UTE codemandada, la simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario”*.

Por ello, deberemos analizar la proposición del reclamante para comprobar si la inclusión de esos datos económicos es merecedora de la sanción que se le ha aplicado.

En la página 144 de la oferta técnica presentada por los reclamantes aparece el denominado *“Anexo 9 Presupuesto global desglosado”*, con el contenido que reproducimos:

Gastos imputables (base imponible)

Personal	39.697,21 €
Software gestión de datos	758,79 €
Productos de limpieza	400,00 €
Desplazamientos*	144,00 €
SUMA	41.000 €

Ratios

Precio hora total	16,12 €
Precio hora neto	15,60 €

* Kilómetros Lumbier-Pamplona-40 Km x 0,30 €/Kmx 2 ida/vuelta

El presupuesto máximo de licitación previsto en el apartado “D” del “Cuadro informativo de las características del contrato” incluido en el PCAP es de 42.252 euros, IVA excluido, por lo que no cabe duda de que el denominado “*Anexo 9 Presupuesto global desglosado*” no puede ser otra cosa que un adelanto de los datos incluidos en la oferta económica, que puede mediatizar la valoración de la oferta técnica, por lo que nos encontramos ante una clara infracción de los principios y normas que rigen la contratación pública que debe tener como efecto la exclusión del licitador.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don R.A.A., en su propio nombre y en representación de los licitadores en participación conjunta con él, doña S.A.S.M., doña A.J.E.I. y don F.M.E., frente al acuerdo de la Mesa de Contratación actuante en el procedimiento seguido para la adjudicación del contrato de “*Gestión del centro de interpretación de la naturaleza en Lumbier durante el año 2015*”, promovido por el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y

Administración Local del Gobierno de Navarra, por el que se decide su exclusión del procedimiento.

2º. Notificar este acuerdo a don R.A.A., al Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local del Gobierno de Navarra y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente 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.

Pamplona, 3 de marzo de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.