

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS
PÚBLICOS DE NAVARRA**

MEMORIA DEL AÑO 2023

1. PRESENTACIÓN

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra – en adelante TACPN – es un órgano con independencia funcional, adscrito orgánicamente al Departamento del Gobierno de Navarra con competencia en materia de contratación pública (actualmente el Departamento de Economía y Hacienda), que comienza su actividad a finales del mes de abril de 2013.

Esta Memoria tiene por objeto ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal durante el año 2023 y, especialmente, dar cuenta de algunos de los principales criterios doctrinales recogidos en los acuerdos adoptados, sin perjuicio de la publicación de todos ellos en la siguiente dirección web:

<http://PortalContratacion.navarra.es/>

2. FUNCIONES

La función principal del TACPN es la resolución de las reclamaciones especiales en materia de contratación pública relativas a cualquier contrato público de los definidos en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP) que pretendan celebrar o celebren las entidades adjudicadoras relacionadas en los artículos 4 y 5 de la LFCP, con independencia de su valor estimado.

Conforme a lo dispuesto en la LFCP, son susceptibles de reclamación especial en materia de contratación pública los pliegos de contratación, los actos de trámite o definitivos que excluyan de la licitación o perjudiquen las expectativas de los licitadores, los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a dicha ley foral en un procedimiento de adjudicación, los acuerdos de rescate de concesiones y, en tanto que puedan ser actos de adjudicación ilegales, un encargo a un ente instrumental o la modificación de un contrato.

En particular, a título de ejemplo, cabe interponer reclamación frente a los anuncios de licitación, los pliegos, los actos de inadmisión o exclusión de los licitadores, el acto por el que se declara desierta o se desiste de una licitación y el acto de adjudicación del contrato. Esta amplitud abarca no sólo actos de trámite “cualificados” conforme a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común, sino también las actuaciones que perjudiquen las expectativas de los interesados que no reúnan tal carácter, como podrían ser los informes de valoración de las ofertas.

Además, el TACPN es competente para adoptar las medidas cautelares que se soliciten, con el alcance previsto en el artículo 125 de la LFCP.

Por el contrario, no son recurribles los acuerdos del propio Tribunal, de forma que frente a los mismos sólo cabe recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

La reclamación puede fundarse exclusivamente en alguno de los siguientes motivos:

a) Encontrarse incurso el adjudicatario en alguna de las causas de exclusión de la licitación señaladas en la ley foral.

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

c) Las infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados.

d) Los encargos a entes instrumentales, que se realicen con infracción de los preceptos de esta ley foral, por considerar que debieron ser objeto de licitación.

e) Las modificaciones de contratos que se realicen con infracción de los preceptos de la ley foral, estén previstas o no en el contrato inicial, por considerar que debieron ser objeto de licitación.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

3. ORGANIZACIÓN

El TACPN se creó por el artículo 38 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, que añadió un nuevo artículo 208 bis a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Posteriormente, la vigente Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, lo regula en su artículo 121.

Conforme al citado artículo, el TACPN estará compuesto por un Presidente y dos vocales, funcionarios en activo de la Administración de la Comunidad Foral, de las entidades locales de Navarra o de otras entidades sometidas a dicha ley foral, para cuyo nombramiento se haya exigido el título de Licenciado o Grado en Derecho, que serán designados por el Gobierno de Navarra, previo informe de la Comisión Foral de Régimen Local, de conformidad con la propuesta que le eleve el Pleno de la Junta de Contratación Pública, por un periodo de seis años, no pudiendo ser reelegidos. Dicho precepto permite la designación de suplentes para el mismo periodo para los casos de vacante, ausencia o enfermedad.

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

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

El TACPN inició su funcionamiento el día 25 de abril de 2013. Por Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 10 de abril de 2019, se designó a doña Marta Pernaut Ojer como Presidenta, y a doña María Ángeles Agúndez Caminos y doña Silvia Doménech Alegre como vocales. Asimismo, se designó a don Eduardo Jiménez Izu, doña María Gay-Pobes Vitoria y don Ignacio Carrillo de Albornoz Alfaro como vocales suplentes. El nombramiento de los vocales se hizo con carácter no reelegible, y tanto el nombramiento de los vocales como de los vocales suplentes se produjo para un mandato de 6 años, que comenzó el 11 de abril de 2019 y expirará el 10 de abril de 2025.

Por Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 18 de noviembre de 2020, se designó a doña Idoia Tajadura Tejada como vocal suplente hasta el 10 de abril de 2025, en sustitución de doña María Gay-Pobes Vitoria.

Asimismo, por Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 12 de mayo de 2021, se designó a doña Natividad Goñi Urriza como vocal suplente en sustitución de don Ignacio Carrillo de Albornoz Alfaro, expirando su mandato también el 10 de abril de 2025.

Por último, por Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 11 de mayo de 2022, se designó a doña Idoia Tajadura Tejada como vocal en sustitución de doña María Ángeles Agúndez Caminos, por un periodo de 6 años, hasta el 11 de mayo de 2028. Asimismo, se designó a doña María Belén Cilveti Gubía como vocal suplente, hasta el 10 de abril de 2025.

El artículo 121.9 de la LFCP señala que la persona titular de la Secretaría del Tribunal será expresamente designada para ello de entre personas funcionarias en activo por tiempo superior a cinco años, Licenciadas en Derecho y con especial preparación en materia de contratación pública y que, en el ejercicio de su actividad, el Tribunal contará con sus propios medios. El cargo de Secretario ha sido ejercido durante este año 2023 por don Javier Espiga Eguíluz.

En aplicación de este precepto, el Gobierno de Navarra aprobó el Decreto Foral 48/2018, de 27 de junio, por el que se modifica el Decreto Foral 134/2015, de 28 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Política Financiera (BON nº 140, de 20 de julio de 2018), añadiéndose un capítulo VI dedicado a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, con rango de Sección, donde se establecen sus funciones.

La vigente estructura orgánica del Departamento de Economía y Hacienda, aprobada por el Decreto Foral 243/2023, de 15 de noviembre (BON Extraordinario nº 244, de 23 de noviembre de 2023), también atribuye a la citada Secretaría rango de Sección y la regula en su capítulo VII.

4. ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPN

El TACPN opera exclusivamente por medios telemáticos, a través del Portal de Contratación de Navarra, siendo todo el procedimiento de reclamación enteramente electrónico.

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

El TACPN ha mantenido contactos constantes con el resto de tribunales administrativos (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y tribunales autonómicos) a fin de unificar criterios y asegurar cierta coherencia de los pronunciamientos en cuestiones de importancia significativa. Es en el ejercicio de esta labor en la que cabe enmarcar la XIII Reunión de Coordinación de los distintos Tribunales, celebrada en Sevilla los días 19 y 20 de enero de 2023, organizada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como la XIV Reunión de Coordinación celebrada en Barcelona los días 3 y 4 de octubre, organizada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

Asimismo, este Tribunal ha participado en los diversos grupos de trabajo organizados y coordinados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales a fin de modificar diversos preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

5. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL EN EL AÑO 2023

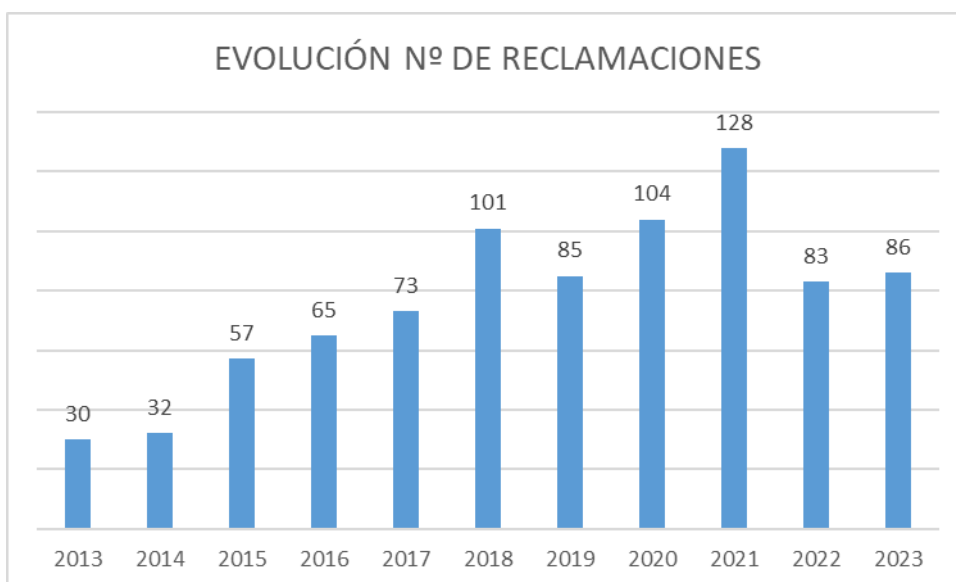
5.1 El número de reclamaciones presentadas fue de 86.

De dichas reclamaciones, un total de 14 hacían referencia a contratos financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, contratos en los que la reclamación tiene carácter urgente y goza de preferencia en su tramitación, conforme a lo previsto en el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

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

AÑO	RECLAMACIONES
2013	30
2014	32
2015	57
2016	65
2017	73
2018	101

2019	85
2020	104
2021	128
2022	83
2023	86



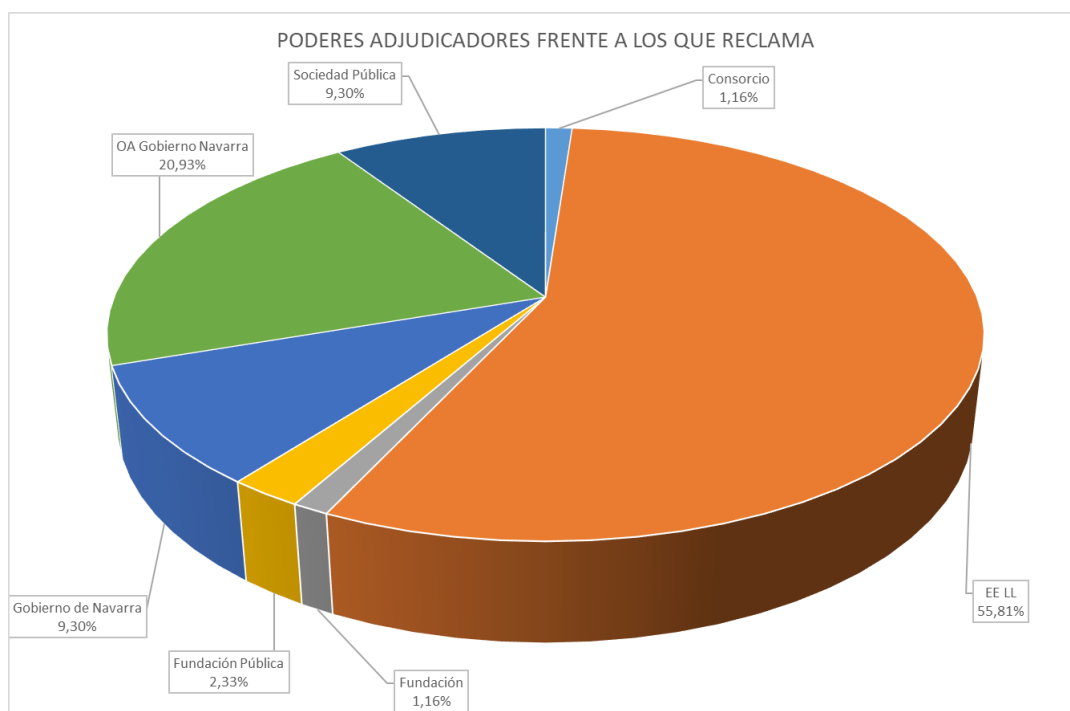
El valor estimado total de los contratos en relación con los cuales se han interpuesto las reclamaciones durante el año 2023 asciende a 366.096,680,30 euros, siendo su evolución la siguiente:

AÑO	VALOR ESTIMADO €
2013	277.722.280,28
2014	375.917.590,27
2015	291.335.117,91
2016	45.619.641,56
2017	152.285.020,48
2018	265.787.124,95
2019	720.384.483,18
2020	190.113.340,69
2021	839.612.062,86
2022	163.491.545,60
2023	366.096,680,30

Por poderes adjudicadores, el tipo frente al que se han formulado más reclamaciones han sido las Entidades Locales, conforme a la siguiente distribución:

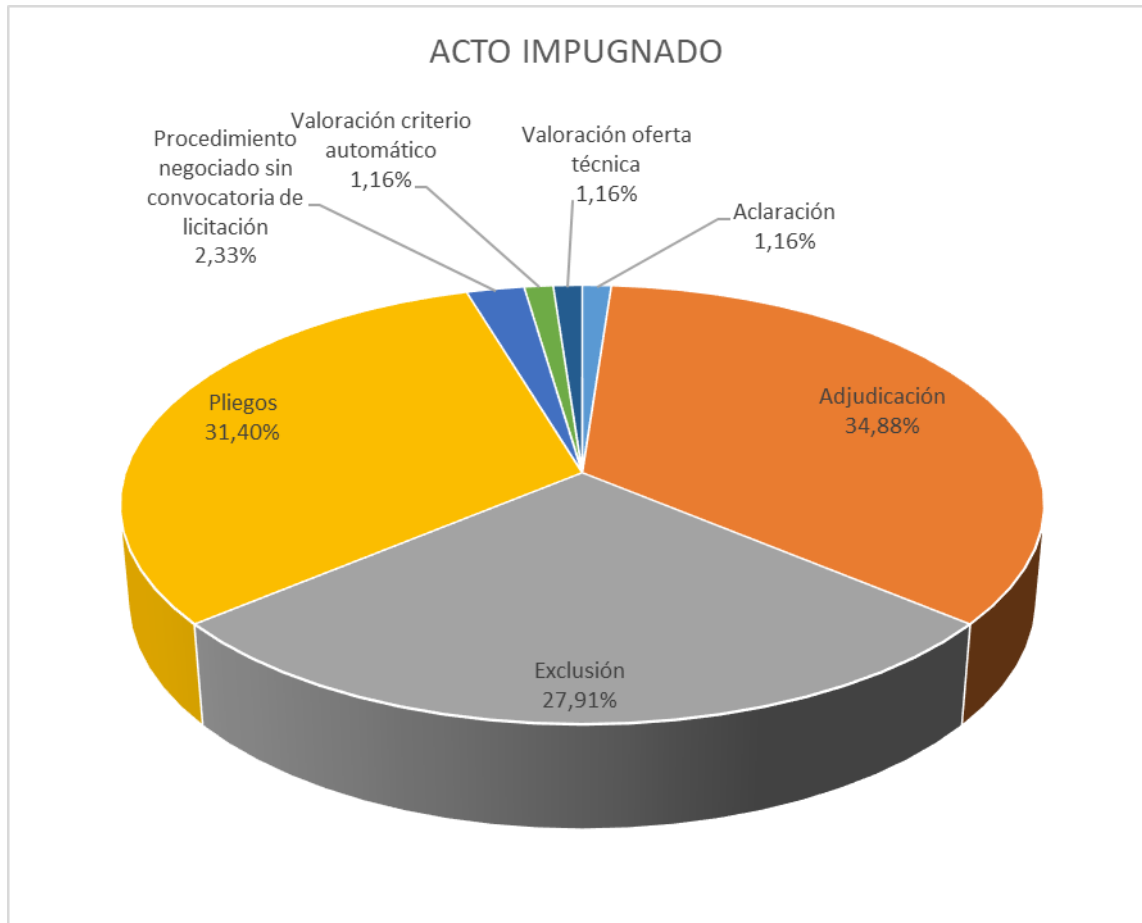
PODER ADJUDICADOR	NÚMERO	%
Consorcio	1	1,163%
EE.LL.	48	55,814%

Fundación	1	1,163%
Fundación Pública	2	2,326%
Gobierno de Navarra	8	9,302%
Organismo autónomo del Gobierno Navarra	18	20,930%
Sociedad Pública	8	9,302%
TOTALES	86	100,000%



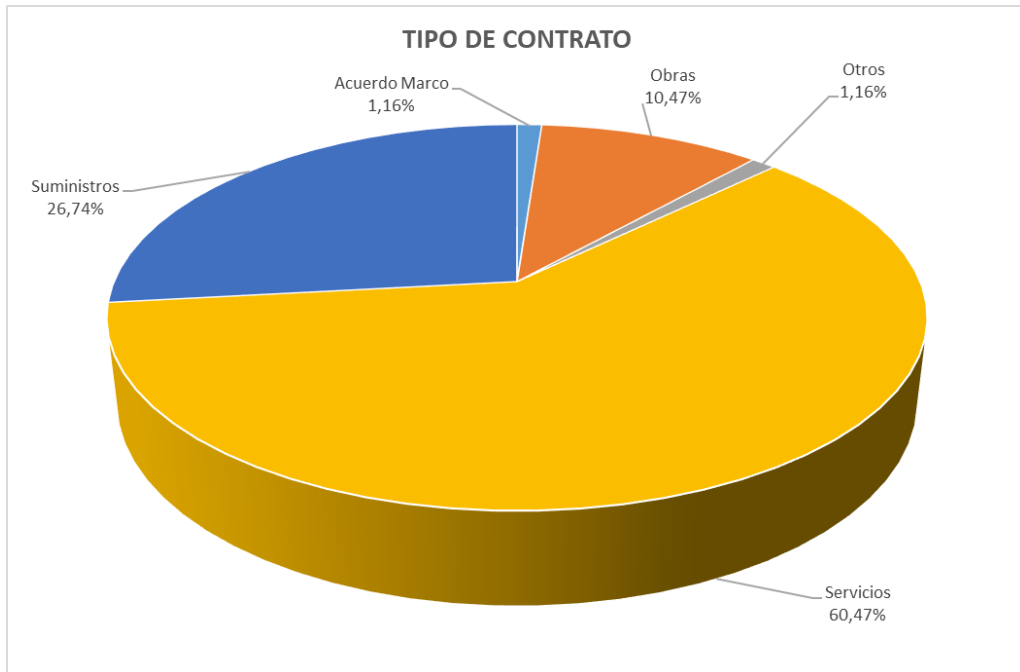
Respecto al acto impugnado, el número y porcentaje de las reclamaciones ha sido el siguiente:

ACTO	NÚMERO	%
Aclaración	1	1,163%
Adjudicación	30	34,884%
Exclusión	24	27,907%
Pliegos	27	31,395%
Procedimiento negociado sin convocatoria de licitación	2	2,326%
Valoración criterio automático	1	1,163%
Valoración oferta técnica	1	1,163%
Total general	86	100,000%



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

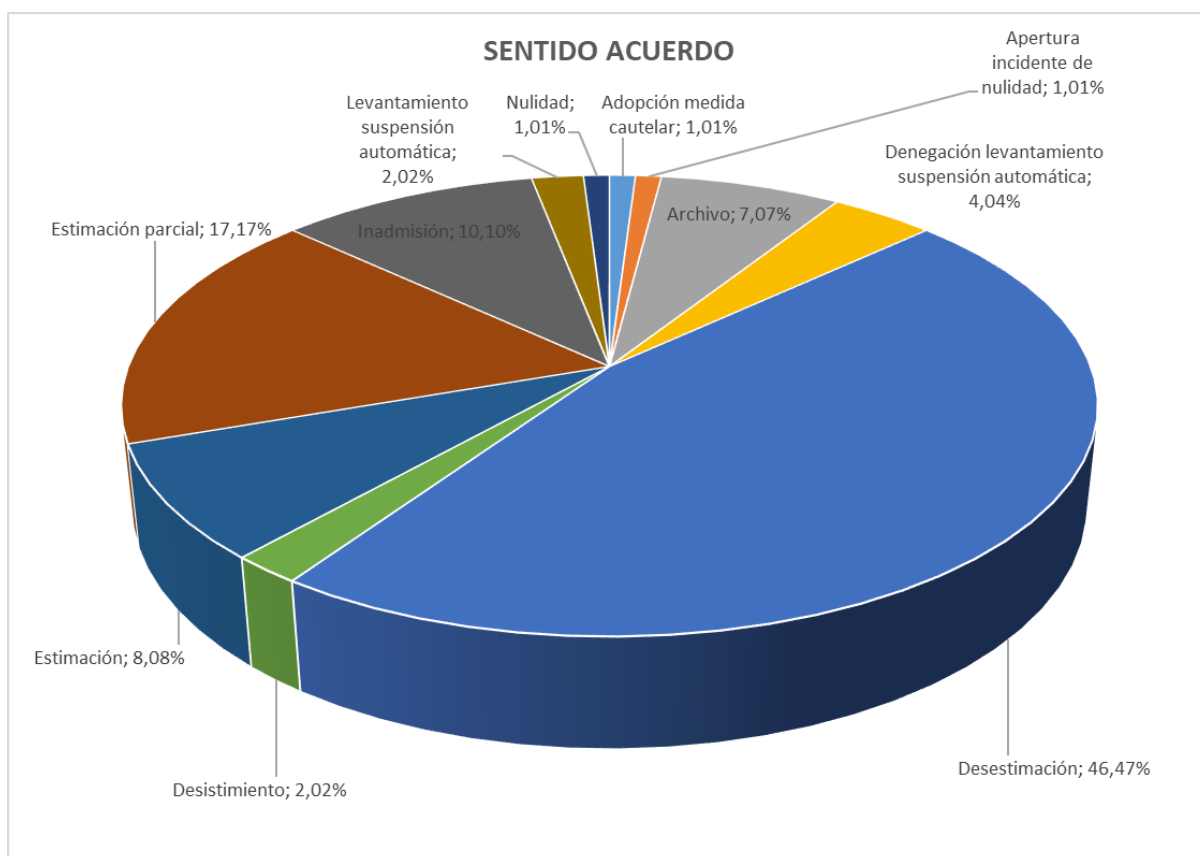
TIPO DE CONTRATO	NÚMERO	%
Acuerdo Marco	1	1,163%
Obras	9	10,465%
Otros	1	1,163%
Servicios	52	60,465%
Suministros	23	26,744%
Total general	86	100%



5.2 El número total de Acuerdos adoptados a lo largo del año ha sido 99.

Por sentido o contenido del acuerdo, los números y porcentajes han sido los siguientes:

SENTIDO	NÚMERO	%
Adopción medida cautelar	1	1,010%
Apertura incidente de nulidad	1	1,010%
Archivo	7	7,071%
Denegación levantamiento suspensión automática	4	4,040%
Desestimación	46	46,465%
Desistimiento	2	2,020%
Estimación	8	8,081%
Estimación parcial	17	17,172%
Inadmisión	10	10,101%
Levantamiento suspensión automática	2	2,020%
Nulidad	1	1,010%
TOTALES	99	100,00%



El plazo medio de resolución de las reclamaciones, teniendo en cuenta la circunstancia del retraso en la aportación del expediente por parte de los órganos de contratación, ha sido de 16,21 días.

El plazo medio de resolución de las reclamaciones relativas a contratos financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ha sido de 13,57 días.

Durante 2023 han recaído 5 resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en procesos contencioso-administrativos seguidos contra Acuerdos de este Tribunal:

ACUERDO TACPN	SENTENCIA DEL TSJN	SENTIDO
74/2021, de 5 de agosto	13/2023, de 13 de enero	Estimación parcial
Auto 13/2023, de 10 de febrero	Aclaración de la Sentencia 13/2023	
77/2022, de 21 de julio	97/2023, de 31 de marzo	Desestimación
47/2022, de 25 de mayo	99/2023, de 31 de marzo	Desestimación
41/2022, de 11 de mayo	144/2023, de 26 de mayo	Desestimación

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

I.- CUESTIONES PROCESALES

1) Legitimación del reclamante: afectación de un interés propio, cualificado y específico. Falta de legitimación

El Acuerdo 3/2023, de 11 de enero, alude a la legitimación activa del recurrente señalando, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la *“necesidad de invocar la afectación de un interés en sentido propio, cualificado y específico, distinto del mero interés por la legalidad, de forma que concurra una relación entre el sujeto que acciona y el objeto de la pretensión que determine que la anulación de lo impugnado produzca para aquél un efecto positivo (un beneficio) o evite uno negativo (un perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acuda al proceso, criterio que reitera la jurisprudencia constitucional”*.

Conforme a ello, no puede reconocerse la legitimación a quien no podría resultar adjudicatario ni con la estimación total de la pretensión sostenida en su recurso, por cuanto ningún beneficio le reportaría en su esfera jurídica.

Igualmente, el Acuerdo 32/2023, de 8 de mayo, inadmite la reclamación especial interpuesta por una empresa frente a la adjudicación de un contrato tramitado por el procedimiento simplificado en el que el reclamante fue invitado a participar oferta y, sin embargo, no presentó proposición alguna. Dicho acuerdo reitera la doctrina aplicable en relación con la legitimación, trayendo también a colación la Sentencia nº 223/2020, de 16 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, conforme a la cual *“(…) Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate”*.

2) Inicio del cómputo del plazo de interposición de la reclamación dirigida frente al pliego regulador del contrato: publicación defectuosa por cuanto no se indica que el cómputo del plazo para recurrir se hace en días naturales

El Acuerdo 19/2023, de 20 de febrero, da respuesta a la solicitud de inadmisión de una reclamación especial realizada por el órgano de contratación en base a que la misma se interpuso fuera del plazo de 10 días naturales establecido por la LFCP. El Tribunal indica que, a pesar de su interposición extemporánea, en el pliego del contrato no se advierte acerca de que el cómputo del plazo para interponer la reclamación se realiza en días naturales, por lo que incumple la obligación impuesta en el artículo 30.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas, aplicable en virtud de lo dispuesto en los artículos 45 y 40.2 de la misma ley, conforme al cual *“Siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose de su cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones”*.

De esta manera, el órgano de contratación indujo a error al reclamante respecto al plazo de interposición de la reclamación, por lo que este error no puede tener consecuencias gravosas para el mismo y, por ello, la reclamación debe ser admitida a trámite.

3) Legitimación del Comité de Empresa como órgano representativo de los trabajadores

El Acuerdo 21/2023, de 24 de febrero, resuelve la reclamación especial interpuesta por el Comité de Empresa del actual prestatario del servicio, donde se alega la vulneración del trámite de consulta a la representación sindical previsto en el artículo 67.1 de la LFCP.

Dicho acuerdo cita la doctrina de otros órganos administrativos encargados de la resolución de recursos en materia de contratación pública, para concluir que debe reconocerse dicha legitimación en la medida en que la eventual estimación de la reclamación puede generar un efecto positivo en la esfera jurídica de los trabajadores afectados por la obligación de subrogación que contempla el pliego, atendiendo a su condición de órgano representativo de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

4) Incompetencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra para conocer de recursos interpuestos en relación con negocios jurídicos de carácter patrimonial

El Acuerdo 23/2023, de 28 de febrero, inadmite la reclamación especial interpuesta frente al anuncio y el pliego de la enajenación mediante subasta pública de dos parcelas, por concurrir la causa de inadmisión prevista en el artículo 127.3.d) de la LFCP, aun cuando el pliego preveía erróneamente la posibilidad de interponer dicho recurso.

Señala dicho acuerdo que el artículo 34.1 de la LFCP establece, en su párrafo quinto, que *“Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público, los contratos de explotación de bienes patrimoniales así como los contratos de compraventa, donación, arrendamiento, permuta y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial. Igualmente se regirán por la legislación patrimonial las adquisiciones de bienes que integran el Patrimonio Histórico Español”*.

Así pues, atendiendo al objeto del contrato, como es la enajenación o venta de bienes inmuebles propiedad de una Administración pública, se concluye que el mismo se rige por la legislación patrimonial y no por la legislación reguladora de la contratación pública, debiéndose recordar que este Tribunal tiene como misión resolver las reclamaciones especiales en materia de contratación pública y la adopción de las medidas cautelares reguladas en la LFCP, estando el ámbito objetivo de dicha ley foral previsto en su artículo 3 de la siguiente forma: *“Son contratos públicos, a los efectos de esta ley foral, los contratos onerosos celebrados por escrito entre una o varias empresas o profesionales y una o varias entidades sometidas a esta ley foral, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos, la prestación de servicios o las concesiones de obras y servicios, así como los contemplados en el artículo 5 de esta ley foral.*

Se entenderá que concurre el carácter oneroso cuando el contratista obtenga algún beneficio de tipo económico, ya sea de forma directa o indirecta”.

5) Legitimación de las entidades sindicales para impugnar los pliegos de la licitación. Exigencia de vinculación con los derechos e intereses de los trabajadores

El Acuerdo 36/2023, de 19 de mayo, establece que la entidad sindical reclamante no ostenta legitimación para impugnar la falta de especificación en el listado de subrogación del centro escolar a que está adscrito cada trabajador, al no tratarse de una materia vinculada con sus finalidades institucionales y con los derechos e intereses de los trabajadores, puesto que la información que debe suministrar el pliego a fin de poder formular una oferta en igualdad de condiciones con el actual prestador del servicio afecta al principio de concurrencia y al de igualdad de trato entre licitadores, no siendo el recurrente un potencial licitador, y careciendo por ello de interés en la adjudicación del contrato.

6) Solicitud de levantamiento de la suspensión automática del acto impugnado. Posibilidad de levantar dicha medida si se aprecia perturbación grave de los intereses generales o de un tercero

Los Acuerdos 43/2023 y 45/2023, ambos de 12 de junio, resuelven sendas solicitudes de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento producida por la interposición de una reclamación especial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, conforme al cual *“La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada.*

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra podrá, excepcionalmente, de forma motivada y previa solicitud de la entidad contratante, levantar la suspensión automática a que se refiere el párrafo anterior, en los casos en que su mantenimiento pudiera causar un perjuicio grave al interés público”.

Dichos acuerdos indican que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la adopción de la medida cautelar exige que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles

haciendo ineficaz la sentencia (en este caso acuerdo) que se dicte, e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad.

Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia a la hora de decidir a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y, en todo caso, el juicio de ponderación que ha de realizarse debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y exige motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

En ambos casos, el Tribunal desestima la solicitud de levantamiento de la suspensión automática realizada por el órgano de contratación, señalando que se recurre la iniciación de un procedimiento de contratación negociado sin convocatoria de licitación donde se solicita ofertas a las empresas, por lo que la continuación de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración podría dar lugar a perjuicios irreparables y a situaciones irreversibles para las partes, no apreciándose, de adverso, un perjuicio grave al interés público.

7) Contenido mínimo de la reclamación: documento que acredite la representación del compareciente (artículo 126.2.b de la LFCP)

El Acuerdo 66/2023, de 8 de septiembre, resuelve una reclamación en la que el órgano de contratación alega la falta de aportación, con el escrito de interposición, del documento que acredite la representación del compareciente. El Tribunal desestima que ello pueda constituir una causa de inadmisión (en todo caso, habría lugar a la subsanación de tal defecto, conforme al artículo 126.3 de la LFCP), por cuanto la reclamación fue presentada por vía telemática a través del Portal de Contratación con el certificado electrónico de la propia empresa, sistema válido, a tenor de lo dispuesto en los artículos 9.2.a) y 10.2.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para acreditar, tanto su identidad, como la autenticidad de la expresión de su voluntad. Señala que, de este modo, *“habiéndose acreditado, a través de la presentación de la reclamación de forma telemática con uso del certificado electrónico de la persona jurídica interesada, no sólo su identidad, sino también su voluntad de recurrir el acto objeto de reclamación, ha de entenderse debidamente cumplimentada la exigencia del artículo 126.2 LFCP, sin necesidad de requerir su subsanación”*.

Igualmente, señala que la persona física firmante de la reclamación fue quien presentó las ofertas a los distintos lotes en representación de la mercantil interesada, tal y como consta en el expediente de contratación, habiéndose admitido dicha representación por el órgano de contratación, por lo que no existe razón para cuestionar ahora la misma.

8) La excepción de cosa juzgada en vía administrativa como causa de inadmisión de la reclamación especial: triple identidad requerida

El Acuerdo 68/2023, de 13 de septiembre, analiza la concurrencia de la denominada “cosa juzgada administrativa” como causa de inadmisión de la reclamación especial interpuesta, señalando que *“se funda en un principio esencial de seguridad jurídica, que impide reproducir procesos ya concluidos mediante Sentencia firme, aunque sea planteándolos desde otra perspectiva o aportando nuevas pruebas que existía obligación de aportar en el primer litigio”*, pudiendo entenderse en el procedimiento administrativo como equivalente a la firmeza administrativa, tal y como señala la Sentencia de 13 de octubre de 2015 del Tribunal Supremo.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 22 de abril de 2021 explica que el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, contiene lo que se ha dado en llamar “cosa juzgada administrativa” cuando establece que *“No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma”*.

Se afirma que este Tribunal se ha pronunciado en anteriores ocasiones admitiendo la aplicación de la excepción de la cosa juzgada administrativa, que se traduce en que tratándose de un nuevo recurso contra el mismo acto, su análisis debe limitarse a las alegaciones respecto de los aspectos que hayan sido modificados, pues como expusimos en nuestro Acuerdo 4/2021, de 14 de enero, *“a los aspectos no modificados que fueron objeto de recurso les son de aplicación los efectos de la cosa juzgada, y los no recurridos quedaron consentidos y firmes”*.

Se hace referencia, igualmente, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1999, que analiza los requisitos que deben concurrir para apreciar la cosa juzgada, exponiendo que *“La cosa juzgada -recogida en el art. 1212 del Código Civil-, ha sido formulada con reiteración por la doctrina científica y jurisprudencial en el sentido que para que la cosa juzgada pueda desplegar su eficacia es necesario el concurso de las condiciones prescritas taxativamente en el precepto señalado, es decir: a) identidad de la cosa - «eadem res»-; b) de la causa -«eadem causa petendi»- y c) de las partes -«eadem personae»-, o lo que es lo mismo identidad personal, real y causal que opere en ambos procesos de que se trate, dado que la cosa juzgada es la vinculación que dimana de una sentencia de fondo firme y definitiva; vinculación que en su faceta negativa o preclusiva impide que el mismo u otro órgano jurisdiccional del mismo orden pueda conocer en el futuro de pretensión ya decidida por Sentencia precedente. El óbice procesal, que la cosa juzgada supone, se da, entonces, siempre que exista relación de identidad entre el objeto de los dos litigios: entre el primero, en el que recayó la Sentencia que la crea, y el que se promueve con posterioridad entre las mismas partes contendientes, y con relación a la misma causa de pedir, si bien en el proceso contencioso-administrativo esta excepción adopta algunas peculiaridades, como es substancialmente, la de que la identidad entre ambos procesos requiere la de los actos enjuiciados en cada uno de ellos”*.

El Acuerdo 84/2023, de 17 de noviembre, señala que en la reclamación que resuelve no cabe apreciar la cosa juzgada en vía administrativa, al no concurrir la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento exigida al efecto, siendo así que, en este

supuesto, la reclamante es persona distinta a los sujetos que recurrieron el pliego técnico de este servicio con anterioridad.

9) Exclusión del reclamante por incumplimiento de las prescripciones técnicas: solicitud de realización de un nuevo análisis de la muestra presentada

El Acuerdo 79/2023, de 30 de octubre, resuelve una reclamación especial interpuesta por un licitador frente a la exclusión de su oferta, tras el análisis realizado por los servicios técnicos del órgano de contratación de la muestra presentada por aquel. Alega el reclamante que dicho análisis debe ser erróneo y solicita la realización de un análisis dirimente.

Dicha solicitud se enmarca en lo dispuesto respecto a la apertura de un periodo de prueba en el artículo 126.6 de la LFCP, recordando el Acuerdo que la decisión sobre el recibimiento a prueba y sobre la pertinencia de los medios probatorios exige que la parte proponente razone sobre la pertinencia, lo que implica que lleve al ánimo del juzgador la idea de la necesidad de probar los hechos en que basa sus pretensiones, lo que exige un cumplido razonamiento sobre la ligazón de los medios propuestos respecto de lo que es litigioso (Sentencia del Tribunal Supremo 1107/2018, de 28 de junio), de tal forma que si no se justifica el porqué de la prueba propuesta, ésta podrá denegarse sin que de ello derive lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso concreto sometido a la consideración del Tribunal la práctica de dicha prueba no se considera necesaria, a la vista tanto del expediente - donde constan el ensayo que la reclamante incluyó en su proposición (y que nuevamente adjunta al escrito de interposición) y el análisis que de las muestras incluidas en el Sobre BC por las distintas licitadoras realizó el propio laboratorio de la entidad contratante - como del informe técnico aportado por dicha entidad a este Tribunal en fase de alegaciones, ratificando el realizado en el seno del procedimiento de adjudicación. A ello debe añadirse, igualmente, la aportación al procedimiento de la acreditación de la ENAC con la que cuenta el laboratorio de abastecimiento de la entidad contratante, cuyo alcance da cobertura a las pruebas realizadas y que otorga validez al ensayo realizado por este.

II.- CUESTIONES DE FONDO

10) Motivación de la adjudicación conforme al artículo 100.3 de la LFCP: no basta con la incorporación de las tablas con las puntuaciones en el acto de adjudicación. Sin embargo, el reclamante ha tenido acceso a los informes y actas de la Mesa de Contratación, por lo que el defecto de motivación no le genera indefensión

El Acuerdo 1/2023, de 11 de enero, recuerda la doctrina conforme a la cual la simple incorporación en el acto de adjudicación de las puntuaciones de las ofertas no constituye una motivación suficiente. No obstante, en este caso el reclamante reconoce haber accedido a las actas de la Mesa de Contratación y al informe de valoración con carácter previo a la interposición de la reclamación, no habiéndose producido por ello indefensión dado que ha podido interponer un recurso fundado. El defecto de motivación constituiría, así, un vicio de anulabilidad no invalidante, conforme a lo dispuesto en el

artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

11) Validez de la ponderación de los criterios de adjudicación en fase de valoración de las ofertas siempre que se cumplan una serie de requisitos

Los Acuerdos 1/2023, de 11 de enero, y 90/2023, de 30 de noviembre, aluden a la jurisprudencia del TJUE conforme a la cual la Mesa de Contratación puede atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, hubieran podido influir en tal preparación;
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Por su parte, el Acuerdo 38/2023, de 29 de mayo, establece lo siguiente respecto a la introducción en fase de valoración de las ofertas de subcriterios de adjudicación no previstos inicialmente en el pliego: *“Debemos partir para ello del mandato contenido en el artículo 64.1 LFCP, conforme al cual “Los contratos se adjudicarán a la oferta con la mejor calidad precio. Los criterios que han de servir para su determinación se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Estarán vinculados al objeto del contrato. b) Serán formulados de manera precisa y objetiva. c) Garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva”.*

De este modo, los criterios que determinarán la adjudicación del contrato han de establecerse en los pliegos reguladores de la licitación, de manera que los posibles licitadores puedan conocer previamente en el momento de preparación de sus ofertas los elementos dotados de relevancia para la selección de las mismas, no siendo admisible su determinación o modificación posterior, so pena de vulnerar los principios de igualdad de trato, transparencia y publicidad rectores de la contratación pública.

Respecto a la introducción a posteriori de subcriterios de adjudicación no previstos en el pliego, este Tribunal se ha pronunciado en el Acuerdo 19/2014, de 7 de abril, señalando que: “En el tema que nos ocupa, esta jurisprudencia tiene declarados de forma reiterada (por todas la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE de 24 de enero de 2008) los siguientes principios:

a) Las directivas imponen a las entidades adjudicadoras velar por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios. El principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia.

b) Cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida. Esta disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se

desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

El Tribunal dice en la misma Sentencia que estas afirmaciones no contradicen la interpretación realizada por el mismo Tribunal en su Sentencia de 24 de noviembre de 2005, en un asunto en el que tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones y, no obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios.

En este caso, el Tribunal declaró que no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, a saber, que:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.*

En consecuencia, concluye la STJUE de 24 de enero de 2008, la Directiva, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.”

12) Vulneración del orden de apertura y de la valoración de las ofertas previsto en el artículo 97 de la LFCP: no se acredita. PLENA como garantía del respeto de dicha obligación

El Acuerdo 2/2023, de 11 de enero, señala que el incumplimiento del orden de apertura y valoración de los sobres previsto en el artículo 97 de la LFCP determinaría la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho del procedimiento, por vulneración del principio de igualdad, conforme a lo dispuesto en el 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En el presente caso, se constata que la Mesa de Contratación ha procedido a abrir el sobre nº 3 de las ofertas formuladas por todos los licitadores que concurrieron al Lote 1, también las de las tres empresas cuyas propuestas técnicas habían sido previamente excluidas, incumpliendo así lo dispuesto en el pliego. Sin embargo, dicha irregularidad únicamente podría tener un efecto invalidante en caso de que se hubiera vulnerado lo dispuesto en el artículo 97, lo cual no se acredita en el presente caso, siendo PLENA garantía del secreto de las proposiciones hasta la fecha de su apertura.

13) El umbral de temeridad de las ofertas debe venir previsto en el pliego por mandato del artículo 98.1 de la LFCP

Los Acuerdos 3/2023, de 11 de enero, y 40/2023, de 5 de junio, recuerdan que, conforme a lo dispuesto en el artículo 98.1 de la LFCP, *“El pliego determinará, por referencia al precio de licitación o al resto de ofertas presentadas, las condiciones para considerar anormalmente baja una oferta atendiendo al objeto de la prestación y las condiciones del mercado. (...)”*. Por lo tanto, el pliego es el documento donde deben fijarse los parámetros a aplicar en cada caso para determinar cuándo las ofertas son anormalmente bajas, como también recoge el Preámbulo de dicha ley foral. Se concluye de lo anterior que las ofertas que no reúnan tales condiciones conforme a lo dispuesto en el pliego en ningún caso podrán ser calificadas como anormalmente bajas.

14) La anulación de un criterio de adjudicación implica la de la propia licitación

El Acuerdo 5/2023, de 23 de enero, resuelve una reclamación especial interpuesta frente a la adjudicación de un contrato en la que se alegaba, entre otras cuestiones, que un criterio de adjudicación previsto en el pliego resultaba de imposible cumplimiento por contravenir el convenio colectivo del sector, solicitando el reclamante, por ello, la exclusión de todos los licitadores que lo hubieran ofertado.

El citado Acuerdo trata la referida alegación como un recurso indirecto frente al pliego y señala que, en cualquier caso, la eventual estimación de la misma no tendría como efecto la exclusión de los licitadores postulada por el reclamante, sino la anulación del criterio de adjudicación y, con ello, de la propia licitación, conforme a lo que indica la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01, EVN and Wienstrom contra República de Austria):

“91. Ahora bien, de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que la cuarta cuestión se refiere a la hipótesis de que la declaración de la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación traiga como consecuencia su anulación. Debe pues entenderse en el sentido de que pregunta si la normativa comunitaria en materia de contratación pública obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación, y por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso. 92. Para responder a la cuestión así reformulada, procede señalar que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). 93. Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. 94. De ello 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. 95. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el

marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.

15) Petición de certificados oficiales para la valoración de criterios de adjudicación: su presentación no puede ser sustituida por una simple declaración del licitador

El Acuerdo 15/2023, de 6 de febrero, desestima la reclamación especial interpuesta por un licitador que, para la valoración de un criterio de adjudicación cuantificable mediante la aplicación de fórmulas respecto del que el pliego exigía la presentación de certificados oficiales, sustituyó este por un certificado expedido por él mismo.

Señala dicho Acuerdo, con cita de la Resolución 656/2022, de 2 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que *“En efecto, en modo alguno es posible aceptar que la exigencia de que los certificados de formación exigidos para evaluar los criterios de adjudicación relacionados con la oferta técnica quedase satisfecha con una mera declaración de la empresa mediante la elaboración del proyecto donde se relaciona el equipo de trabajo y su formación como mera declaración”.*

Cita, igualmente, la Resolución 47/2012, de 9 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que en un sentido análogo concluye que *“Por las razones expuestas, la falta de valoración de dicho certificado de buena ejecución resulta conforme con lo dispuesto en el pliego al no tratarse de un certificado oficial en materia de calidad, buenas prácticas, sostenibilidad y reducción del impacto medioambiental, sino de una certificación emitida por la propia empresa reclamante, lo que determina la procedencia de desestimar la reclamación en lo relativo a la impugnación de la adjudicación del lote 2”.*

16) Solicitud de aclaraciones respecto de las ofertas de los licitadores: modificación de la oferta como límite al ejercicio de tal potestad

El Acuerdo 16/2023, de 10 de febrero, desestima la reclamación especial interpuesta frente a la adjudicación de un acuerdo marco en la que se alegaba infracción legal derivada de la ausencia de solicitud de aclaraciones o trámite de subsanación en relación con la oferta formulada.

Señala dicho Acuerdo que la doctrina del Tribunal viene admitiendo la posibilidad de solicitar aclaraciones y subsanaciones, no sólo respecto a la documentación relativa a la capacidad y solvencia de los licitadores, sino también de la oferta formulada por estos, siendo su ejercicio facultativo para la Mesa de Contratación y teniendo como límite la imposibilidad de modificar la oferta presentada.

El Acuerdo 71/2023, de 21 de septiembre, incide en esta misma doctrina en relación con la reclamación interpuesta frente a la exclusión de una oferta.

17) Criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmula: su aplicación debe realizarse conforme a las reglas establecidas en el pliego, sin que sea posible introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo

El Acuerdo 17/2023, de 14 de febrero, resuelve la reclamación especial interpuesta frente a la adjudicación de un contrato en el que, en la valoración de un criterio de adjudicación cuantificable mediante fórmulas, se atribuye parte de la puntuación correspondiente al mismo, considerando el reclamante que la Mesa de Contratación no dispone de discrecionalidad para su valoración, no pudiendo por ello atribuir parcialmente la puntuación asignada a dicho criterio.

El Acuerdo determina la prohibición de que en la aplicación de dicho criterio pueda introducirse ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, de modo que al no establecer el pliego regla alguna a aplicar que permita ponderar o distribuir la puntuación, no resulta admisible introducir a posteriori, en la fase de valoración, factores o reglas no previstas en el pliego.

18) Impugnación de la exclusión del reclamante de la que tuvo conocimiento a través de su publicación en PLENA

El Acuerdo 18/2023, de 20 de febrero, resuelve una reclamación especial interpuesta frente a la exclusión de un licitador que conoció de la misma a través de su publicación en PLENA, sin que se le hubiera notificado formalmente.

El Tribunal considera que, al haber tenido conocimiento el reclamante de su exclusión, una vez interpuesta la reclamación frente a tal decisión es obligada su resolución, siendo irrelevante que el interesado haya tenido conocimiento de dicha exclusión por un error de PLENA, tal y como alega el órgano de contratación, por cuanto se trata de un acto de trámite perjudicial para sus intereses que resulta recurrible conforme a lo dispuesto en el artículo 122.2 de la LFCP.

19) Pliego de prescripciones técnicas: las ofertas de los licitadores deben ajustarse al mismo, si bien para acordar su exclusión el incumplimiento debe ser expreso, claro y manifiesto

El Acuerdo 20/2023, de 22 de febrero, resuelve una reclamación especial en la que el reclamante solicita la exclusión de otros licitadores al considerar que sus ofertas no se ajustan al pliego de prescripciones técnicas.

El Tribunal indica que las ofertas presentadas por las personas licitadoras deben adecuarse a las condiciones técnicas establecidas en los pliegos, pudiendo ser la consecuencia del incumplimiento de tal extremo la exclusión de la oferta por cuanto tales prescripciones técnicas, que son aceptadas incondicionalmente como parte del pliego por los licitadores cuando formulan sus ofertas, constituyen instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación del contrato.

No obstante, señala que para que la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y

claro, debiendo interpretarse y aplicarse las exigencias de los pliegos de prescripciones técnicas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa. Si los términos empleados son ambiguos o confusos, pero admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Sólo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna de que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

El Acuerdo 25/2023, de 14 de marzo, versa sobre una cuestión análoga, estimando la reclamación interpuesta por un licitador cuya oferta fue excluida, al entender que la misma se adecúa en su literalidad a la prescripción técnica controvertida, sin que ninguna otra cláusula del pliego avale la interpretación que de la misma realiza el órgano de contratación, siendo este el responsable de la claridad y transparencia que resultan exigibles en la redacción de los pliegos reguladores del contrato.

20) Trámite de comunicación a la representación sindical previsto en el artículo 67.1 de la LFCP

El Acuerdo 21/2023, de 24 de febrero, señala que el propósito de la comunicación a la representación sindical no es otro que el de dar a conocer la intención de licitar nuevamente el contrato al efecto de que ésta pueda informar si, existiendo convenio colectivo sectorial de aplicación, las condiciones laborales de aplicación en el centro de trabajo de las personas trabajadoras a subrogar y que deben ser incorporadas al pliego, resultan superiores a éste.

Señala, asimismo, que el citado artículo 67 de la LFCP contempla otras obligaciones exigibles al órgano de contratación, como requerir a la empresa que venga efectuando la prestación que facilite la información relativa a las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, verificar la información facilitada por aquella, e incorporarla al pliego regulador del contrato.

Sin embargo, entre dichas obligaciones no se contempla expresamente el traslado a la representación sindical del listado del personal afectado por la subrogación para su verificación, sino, únicamente, la solicitud a dicha representación para que informe sobre las condiciones de aplicación al personal.

21) Respuesta a las consultas realizadas por las personas interesadas en la licitación a través del Portal de Contratación de Navarra: garantía del principio de transparencia

El Acuerdo 26/2023, de 21 de marzo, recuerda que el cauce adecuado para formular consultas sobre el objeto del contrato es el Portal de Contratación de Navarra, debiéndose publicar la respuesta a las mismas a través del mismo medio, tal y como prescriben los artículos 49.3 y 88.2.I) de la LFCP, constituyendo esta exigencia una garantía de los principios de transparencia e igualdad de trato previstos en el artículo 2 de la misma ley foral.

Cita dicho acuerdo, asimismo, el previo Acuerdo 75/2022, de 15 de julio, donde se alude a la diferente función de dicho Portal y de la Plataforma de licitación electrónica de Navarra, en los siguientes términos: *“las aclaraciones relativas al contenido del pliego y la respuesta a las preguntas de los licitadores deben publicarse en el Portal de Contratación de Navarra y no en PLENA; habiendo señalado este Tribunal, en su Acuerdo 124/2020, de 24 de diciembre, que De la regulación transcrita queda claro que la citada plataforma constituye el medio para la presentación de las ofertas por parte de los licitadores interesados, mientras que el medio de publicidad oficial de los anuncios de licitación y los pliegos reguladores, que entre otros extremos contienen los criterios de adjudicación, es el Portal de Contratación de Navarra; siendo éste último también el medio donde se deben publicar, en contra de lo sostenido por la reclamante, las modificaciones que en su caso se aprueben sobre tal documento contractual. Ningún precepto de nuestra Ley Foral exige, pues, la publicación del pliego y sus modificaciones en PLENA y ello por cuanto ambos medios sirven, como se ha razonado, a finalidades distintas”*.

22) La aportación de documentación anexa a la reclamación especial con objeto de acreditar el cumplimiento de las prescripciones técnicas no es admisible si dicha documentación no constaba previamente en la oferta, dado que la vía del recurso no es la adecuada para completar la oferta

El Acuerdo 27/2023, de 21 de abril, resuelve la reclamación especial interpuesta por un licitador frente a la exclusión de su oferta por incumplir una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego. Anexa el reclamante sendos informes de laboratorio a fin de acreditar el cumplimiento de aquella. Señala el Tribunal, a este respecto, que *“De lo aportado debemos concluir que la pretensión del reclamante conlleva la modificación de su oferta, con ocasión de la reclamación interpuesta, incorporando nuevos informes de prueba que, además, aluden a productos químicos distintos a los referidos en los informes que constituían aquella. Razones que llevan a su desestimación puesto que de admitirse tal documentación incurriría en vulneración de los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que deben presidir los procedimientos de contratación y que igualmente deben respetarse en fase de reclamación.*

En este sentido conviene recordar que la reclamación especial en materia de contratación pública no constituye la vía pertinente para subsanar defectos existentes en las ofertas, tal y como puso de manifiesto este Tribunal en su Acuerdo 35/2022, de 8 de abril, al señalar que “(...) la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de reclamación, como apunta la Resolución 233/2019, de 16 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia; resolución que comparte este Tribunal cuando indica que “el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP”.

En análogo sentido, el Acuerdo 63/2022, de 15 de junio, dispone que “Al respecto se ha de manifestar primeramente que la nueva ficha técnica no se incluyó en la oferta formulada por el reclamante en fase de licitación, y por tanto no procede admitir en fase de reclamación esta nueva documentación no prevista en la oferta”.

23) Obligación del órgano de contratación o de la unidad gestora del contrato de responder a las consultas realizadas dentro del plazo previsto en la LFCP o en el pliego regulador como garantía del principio de concurrencia: consecuencias de su incumplimiento

El Acuerdo 28/2023, de 25 de abril, recuerda la obligación de contestar a las solicitudes de información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria en el plazo de tres días desde que se solicite o, bien, en el plazo que señalen los pliegos, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LFCP, siendo la consecuencia de su incumplimiento la ampliación proporcional del plazo para la presentación de ofertas, salvo cuando la información tenga carácter irrelevante a los efectos de poder formular una oferta o solicitud válida, en virtud del artículo 46.2 de dicha ley foral. En el presente caso, la solicitud de información no obtuvo contestación en el plazo previsto, teniendo evidente relevancia por cuanto se refería a los requisitos de solvencia técnica o profesional previstos en el pliego, debiendo el órgano de contratación ampliar el plazo de presentación de ofertas en el plazo que determine justificadamente.

24) Interpretación del pliego conforme a los principios rectores en materia de contratación pública y carácter instrumental de la interpretación literal

El Acuerdo 37/2023, de 24 de mayo, señala que la interpretación de los criterios de adjudicación debe producirse de la forma más acorde con los principios y normas reguladoras de la contratación pública, de tal forma que únicamente cabrá apreciar su nulidad si no cabe una aplicación de los mismos conforme a tales normas. Establece que *“partiendo del hecho de que los criterios de adjudicación forman parte del Pliego, de la firmeza de éste y de la consecuente consideración como Ley del contrato, se impone la necesidad de realizar una labor interpretativa del criterio, conforme a las reglas que a tal efecto contiene nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido más adecuado al cumplimiento de las normas y principios de la contratación pública; y ello teniendo en cuenta que la finalidad de los criterios de adjudicación es evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone -dato de especial relevancia- que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.); debiendo ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios”.*

Igualmente, respecto a los criterios interpretativos del pliego, recuerda *“en línea con lo manifestado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 28 de abril de 2015, el carácter instrumental que presenta la interpretación literal de la norma, de forma que no debe valorarse como un fin en sí misma considerada, pues la atribución del sentido, objeto del proceso interpretativo, sigue estando en la finalidad y función que informa a la norma; poniendo de relieve que “aunque instrumentalmente la interpretación literal suela*

ser el punto de partida del proceso interpretativo, no obstante, ello no determina que represente, inexorablemente, el punto final o de llegada del curso interpretativo, sobre todo en aquellos supuestos, como el presente caso, en donde de la propia interpretación literal no se infiera una atribución de sentido unívoca que dé una respuesta clara y precisa a las cuestiones planteadas (STS de 18 de junio de 2012, núm. 294/2012). En estos casos, por así decirlo, el proceso interpretativo debe seguir su curso hasta llegar a la "médula" de la razón o del sentido normativo, sin detenerse en la mera "corteza" de las palabras o términos empleados en la formulación normativa".

25) Allanamiento del órgano de contratación. En ausencia de regulación expresa en la LFCP y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se aplica supletoriamente la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Los Acuerdos 38/2023, de 29 de mayo, y 52/2023, de 4 de julio, establecen que es una posición consolidada por los tribunales especializados en materia de contratación pública que, respecto a la aplicación de la figura del allanamiento a la reclamación especial en materia de contratación pública, ante la falta de regulación expresa en la LFCP y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, resulta de aplicación supletoria la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme a la cual el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una "infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico".

De esta manera, debe examinarse si la estimación de la reclamación conllevaría una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, examen que deberá realizarse aún con mayor celo si existe oposición formulada por tercero interesado a tal pronunciamiento.

26) Cómputo de plazos: aplicación del artículo 47.1 de la LFCP y de la regla prevista en el artículo 30.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, cuando el plazo finalice en día inhábil

El Acuerdo 41/2023, de 5 de junio, establece que *"no conteniendo la LFCP ninguna regla del cómputo de plazos específica y distinta de la prevista con carácter general en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, más allá del artículo 47.1 de la misma, conforme al cual "Todos los plazos establecidos en esta ley foral se entenderán referidos a días naturales salvo que expresamente se disponga lo contrario", y, previendo, la disposición adicional vigesimosegunda, apartado 1, de la LFCP, respecto de las "Normas aplicables a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos regulados en esta ley foral", que "Los procedimientos regulados en esta ley foral se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en sus normas complementarias", cabe concluir la aplicación en este aspecto de la citada ley de procedimiento administrativo común.*

Entre las reglas que dicha norma contempla respecto al cómputo de los plazos se encuentra el alegado por la reclamante artículo 30.5 de la Ley 39/2015, que prevé la prórroga del plazo al primer día hábil siguiente cuando el último día del mismo fuera inhábil, como ocurre en este caso, dado que el 10 de abril tenía tal carácter, conforme a lo dispuesto en el Decreto Foral 112/2022, de 14 de diciembre, por el que se declaran los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra a efectos de cómputo de plazos para el año 2023, de manera que asiste la razón a la reclamante cuando afirma que el plazo de cumplimentación del requerimiento finalizó el 11 de abril.”

27) Vulneración del secreto de las proposiciones garantizado por los artículos 53.2 y 97 de la LFCP: principio de proporcionalidad en la decisión de exclusión de tal forma que esta no puede verificarse de forma automática

El Acuerdo 42/2023, de 8 de junio, alude al supuesto de anticipación indebida de parte de la oferta formulada por un licitador, con infracción de lo dispuesto en los artículos 53.2 y 97 de la LFCP, recordando que la finalidad de dichas previsiones legales es garantizar la objetividad e independencia en la valoración de las ofertas, de tal forma que su incumplimiento puede conllevar la exclusión de las mismas. Sin embargo, también recuerda que *“la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en un sobre distinto no es un criterio absoluto, ya que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, sino solo en aquellos casos en los que se ha producido una indefensión real y no meramente formal; resultando que los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Ello es así, como expresa la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, por cuanto lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores”*. Así, la apreciación de la infracción del deber de confidencialidad de las ofertas de los licitadores debe efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, esto es, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma.

28) Ofertas anormalmente bajas: obligación de solicitar el asesoramiento técnico oportuno antes de decidir acerca de la admisión de la oferta. Inexistencia de dicho asesoramiento como causa de anulabilidad. Anulación del acto de adjudicación recurrido y retroacción al objeto de que se recabe el mismo

El Acuerdo 46/2023, de 14 de junio, señala que el asesoramiento técnico previsto en el artículo 98.3 de la LFCP constituye un trámite preceptivo en el procedimiento de valoración de la viabilidad de las ofertas anormalmente bajas, debiendo recabarse el mismo, obviamente, con carácter previo a la decisión que proceda respecto a la admisión de la oferta. Señala, asimismo, que dicho asesoramiento puede materializarse tanto mediante la emisión de un informe “ad hoc” por parte del servicio competente en la materia, como a través de los vocales de la Mesa de Contratación cuando estos sean técnicos especializados en la materia objeto del contrato.

Concluye que la ausencia de dicho asesoramiento constituye una causa de anulabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que procede anular la adjudicación del contrato objeto de reclamación y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la admisión de la oferta anormalmente baja, a fin de que se recabe el preceptivo asesoramiento técnico justificativo de la admisibilidad de dicha oferta.

29) Procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previsto en el artículo 75 de la LFCP: procedimiento excepcional cuya utilización debe justificarse por el órgano de contratación. Supuestos habilitantes de interpretación tasada o restrictiva. Supuesto del apartado 1.a): requisito de que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato

Los Acuerdos 50/2023, de 26 de junio, y 54/2023, de 5 de julio, resuelven sendas reclamaciones interpuestas frente a la tramitación de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación basado en el supuesto previsto en el artículo 75.1.a) de la LFCP, recordando que se trata de un procedimiento de contratación de carácter excepcional, cuya utilización únicamente procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en LFCP, que, por tal motivo, son de interpretación estricta, debiendo justificarse debidamente en el expediente.

Respecto al supuesto previsto en el apartado 1.a de dicho artículo, conforme al cual *“Se podrá utilizar un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, en los siguientes casos: a) Cuando, en un procedimiento abierto, restringido, no se haya presentado ninguna solicitud de participación o ninguna oferta adecuada, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato”*, analizan qué debe considerarse una “modificación sustancial” de las citadas condiciones, reconociendo que, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, su apreciación deberá realizarse de forma casuística. Sin embargo, concluyen que las modificaciones en el precio o en la solvencia exigible a los licitadores sí tienen tal consideración, dada su evidente relevancia en relación con la formulación de ofertas y la selección de la oferta más ventajosa.

30) Discrecionalidad del órgano de contratación respecto al establecimiento de las prescripciones técnicas, si bien estas no pueden suponer la introducción de barreras técnicas a la libre competencia

El Acuerdo 52/2023, de 4 de julio, recuerda la doctrina conforme a la cual la decisión del órgano de contratación en cuanto al establecimiento de los requisitos técnicos exigibles a los diferentes productos a fabricar queda dentro del ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para definir las características propias de los productos que desea adquirir, respetando los principios de igualdad y concurrencia, y sin que resulte admisible que las especificaciones técnicas en tal sentido determinadas en el pliego sean sustituidas a elección de los licitadores; debiendo los licitadores ajustar sus proposiciones a los pliegos que rigen la licitación y, por ende, a las prescripciones técnicas al efecto determinadas. Sin embargo, las prescripciones técnicas no pueden tener como

efecto la limitación injustificada de la libre competencia, tal y como señala el Considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, de 2014, y el artículo 62 de la LFCP.

El Acuerdo 88/2023, de 30 de noviembre, estima la reclamación interpuesta frente a los pliegos reguladores de un contrato al entender que los mismos resultan limitativos de la competencia, al haber incorporado como prescripciones técnicas las características de un producto ofrecido por un fabricante concreto, sin admitir la presentación de variantes o alternativas, y sin que se justifique la necesidad de dichas características técnicas.

31) Límite al objeto de los contratos de servicios previsto en el artículo 30.3 de la LFCP: potestad sancionadora como ejercicio de autoridad inherente a los servicios públicos

El Acuerdo 61/2023, de 17 de agosto, señala que la potestad sancionadora constituye una manifestación evidente de ejercicio de autoridad, como este Tribunal, con cita del Informe 2/06, de 24 de marzo de 2006, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, ya destacó en su Acuerdo 39/2022, de 5 de mayo, no pudiendo, por ello, ser objeto de contratación por aplicación de la prohibición establecida en el artículo 30.3 de la LFCP.

Ahondando en dicha cuestión, dispone que no cabe contratar los servicios consistentes en la elaboración de informes relativos a las alegaciones y recursos formulados en los procedimientos sancionadores, por ser una tarea reservada exclusivamente a los funcionarios públicos como garantía del derecho de defensa de los interesados, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1160/2020, que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha nº 77/2019, de 13 marzo.

32) Servicio de cobro del estacionamiento regulado en vía pública como servicio relacionado o conexo con el de la gestión del propio estacionamiento. Prohibición de cobrar a los usuarios por el uso de las aplicaciones móviles para el pago como limitativa de la competencia. Igualmente, el establecimiento en el pliego de la obligación del adjudicatario de disponer de una aplicación móvil gratuita puede resultar discriminatoria para terceros operadores y limitativa de la competencia, por lo que su fijación debe justificarse

El Acuerdo 62/2023, de 17 de agosto, señala, en línea con lo establecido por la Sentencia 218/2012, de 6 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y por la Resolución 139/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que la gestión del estacionamiento regulado constituye la prestación esencial del contrato, siendo el resto de las prestaciones que comprende el contrato accesorias, instrumentales o subordinadas de aquella prestación principal, que facilitan o completan las prestaciones principales, pero no desligadas o independientes de aquella, de tal forma que el servicio de cobro mediante aplicación móvil debe considerarse como una prestación accesoria a la principal, aunque no se refiera a un servicio público en sentido estricto, siendo posible, por ello, su inclusión como parte del objeto del contrato.

Sin embargo, se advierte que dicha prestación accesoria, obviamente, no puede ser configurada en términos que pueda dar lugar a una restricción injustificada de la competencia si no se garantiza el acceso a licitadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación, pues el respeto a los principios de la contratación pública proclamados en el artículo 2 de la LFCP constituye uno de los límites que la entidad contratante debe observar en el ejercicio de su facultad discrecional de delimitación del objeto del contrato, limitación que no cabe apreciar por el mero hecho de integrar ambas prestaciones en el objeto contractual.

Señala que este es el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en su Sentencia 445/2023, de 30 de marzo, en la que confirma la Sentencia 198/2021, de 9 junio, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Manifiesta dicho Acuerdo, igualmente, que la entidad contratante, en el diseño y elaboración de las condiciones del contrato de prestación del servicio de estacionamiento regulado, en la medida en que afecta a una actividad económica, debe atenerse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia, de forma que las condiciones del servicio a licitar no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general, en línea con lo razonado por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234.

Señala que la condición recogida en el pliego en el sentido de prohibir, en relación con el pago a través de móvil, que se cobre al ciudadano más cuantía que la tasa que establece la ordenanza fiscal, limitando con ello la posibilidad de repercutir a los usuarios costes derivados del servicio de pago por móvil aun cuando éstos utilicen plataformas diferentes a la del adjudicatario, no resulta ajustada a derecho. Ello, por cuanto el pago por el uso de una app constituye una contraprestación a la entidad privada que presta el servicio de la app, y por tanto una relación ajena a la contractual que va a resultar de la licitación y también al ámbito del adjudicatario seleccionado que en modo alguno puede imponer tal condición al resto de proveedores, ni tampoco a los propios usuarios, por lo que su inclusión en tales términos en el pliego resulta, por ello, desproporcionada y carente de justificación, habiéndolo establecido así también en un supuesto similar la Resolución 139/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

Por su parte, el Acuerdo 65/2023, de 5 de septiembre, señala que la obligación impuesta en el pliego al adjudicatario del contrato de disponer de una aplicación móvil de pago que resulte gratuita para los usuarios debe reunir las siguientes condiciones para resultar jurídicamente admisible: deberá estar justificada por razones imperiosas de interés general, ser adecuada para garantizar el objetivo que se persigue y resultar proporcionada; debiendo, por tanto, constar en el expediente las razones imperiosas de interés general que motivan la limitación o restricción de la competencia que tal previsión del pliego supone.

33) Cumplimiento equivalente de las prescripciones técnicas conforme al artículo 60.3 de la LFCP: carga probatoria del licitador que lo alega

El Acuerdo 71/2023, de 21 de septiembre, señala respecto a lo dispuesto en el artículo 60.3 de la LFCP, que las ofertas que cumplan de modo equivalente la función del producto, método o prestación fijados en los pliegos, no pueden ser rechazadas, si bien insiste en que constituye una carga del licitador acreditar la equivalencia de prestaciones mediante elementos probatorios suficientes.

34) Acreditación de la solvencia técnica o profesional por referencia a otras empresas. Obligatoriedad de presentar declaración responsable por parte del tercero

El Acuerdo 76/2023, de 2 de octubre, señala que en principio el compromiso de un tercero de suministrar e instalar con medios propios los equipamientos a la reclamante en caso de que ésta resultase adjudicataria del contrato acredita la disposición de los medios necesarios para la ejecución del contrato, conforme a lo dispuesto en el pliego.

Sin embargo, indica que pretendiendo acreditar la reclamante su solvencia mediante dicho subcontratista, resulta exigible la declaración responsable del mismo indicando que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna prohibición de contratar.

35) Ofertas anormalmente bajas: su exclusión debe motivarse de forma “reforzada” al suponer una excepción al principio de la oferta económicamente más ventajosa. Anulación del acto de exclusión recurrido y retroacción del procedimiento al objeto de que se adopte la decisión que proceda con observancia de los requisitos de motivación exigibles

El Acuerdo 78/2023, de 23 de octubre, recuerda que la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador que la hubiera formulado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida. Señala que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, dada la viabilidad y seriedad de la misma.

Igualmente, establece que la apreciación de la viabilidad de las ofertas anormalmente bajas responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde a la Mesa de Contratación o a la unidad gestora del contrato, si bien no constituye un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, siendo competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al ejecutarla, revelándose a estos efectos como fundamental la motivación del informe técnico evaluador de la justificación aportada por el licitador, por cuanto en caso contrario la decisión administrativa podría considerarse arbitraria.

Señala, también, que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador sobre la viabilidad de su oferta, es evidente que dicho informe debe motivarse, saliendo al paso de lo alegado por el interesado, rebatiendo su argumentación mediante una resolución reforzada o un plus de motivación.

Concluye, tras el análisis de dicha motivación, que no se cumplen las exigencias descritas, por lo que procede anular la exclusión objeto de reclamación, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de la viabilidad de la oferta anormalmente baja, a los efectos de que se adopte la decisión que proceda con observancia de los requisitos de motivación señalados.

36) Fijación de un plazo de presentación de ofertas suficiente en atención a la complejidad del contrato como garantía del principio de concurrencia, que no siempre se satisface por el hecho de fijar el plazo mínimo legalmente establecido

El Acuerdo 80/2023, de 31 de octubre, señala que la fijación del plazo para la presentación de las ofertas constituye una potestad discrecional del órgano de contratación, en cuyo ejercicio han de ser tenidos en cuenta los criterios establecidos en el artículo 46.1 de la LFCP, con respeto en todo caso a los plazos mínimos señalados legalmente. Recuerda, además, que, conforme a la Resolución 71/2015, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“El cumplimiento de la ley no se establece con un plazo que respete el mínimo sino con un plazo que, además, permita razonablemente la preparación de las ofertas. Para el Tribunal resulta difícil efectuar un pronunciamiento en este punto, esto es, si es suficiente o no el plazo mínimo de 15 días, de modo que en ocasiones ha exigido que el recurrente haya probado la insuficiencia del plazo, vgr. resolución 149/2012: Lo cierto es que las alegaciones de los recurrentes, sin ningún tipo de acreditación de lo que manifiestan, en el sentido de que resulta imposible presentar ofertas en los plazos previstos en el pliego, no son suficientes para admitir sus afirmaciones, pues serían igualmente válidas aquellas que se limiten a afirmar lo contrario”*.

37) Procedimiento simplificado. Envío de invitaciones para dar a conocer la licitación del contrato como medio sustitutivo de la publicación de un anuncio de licitación. Admisibilidad de las ofertas presentadas por personas interesadas en la adjudicación del contrato aun cuando no se les hubiera remitido una invitación al efecto

El Acuerdo 80/2023, de 31 de octubre, alude en relación con esta cuestión a la Circular 1/2014, de la Junta de Contratación Pública de Navarra, que establece las pautas de actuación en relación con la tramitación de los procedimientos negociados sin publicidad, entre las que pone de manifiesto, en lo que ahora interesa, que *“No se podrá rechazar una oferta presentada por un interesado en el procedimiento, por el mero hecho de no haber sido inicialmente invitado por la unidad gestora del contrato, siempre que dicha oferta se haya presentado dentro del plazo señalado y cumpla con los requisitos establecidos”*. Señala el Tribunal en su Acuerdo que el mismo criterio resulta aplicable en relación con los procedimientos simplificados en donde la presentación de las ofertas se realiza, igualmente, tras la invitación cursada por el órgano de contratación.

Cita, igualmente, el Informe 33/2009, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, conforme al cual *“... Sí se niega a cualquier empresario que reúna las cualificaciones necesarias la posibilidad de acudir a una licitación se le puede estar dispensando por parte de la Administración un tratamiento no igualitario y discriminatorio. De igual forma, llevar, más allá del mentado que después veremos, la facultad de la Administración contratante de elegir los empresarios a los que*

pedir ofertas para concurrir a la licitación puede ser claramente contrario a la transparencia del procedimiento.

Para adoptar una conclusión correcta a este respecto es necesario tomar en consideración cuáles son las razones por las que se introduce en la Ley un procedimiento como el negociado sin publicidad, pues con él, sólo se pretende simplificar los trámites en determinados contratos por sus propias características, incluida su escasa entidad cuantitativa, o por las características del mercado.

Pues bien, esta simplificación se traduce entre otras cosas en la exclusión de la publicidad de la licitación, estableciendo la Ley, como sustitutiva de ella, la invitación para tomar parte. Sin embargo, esta invitación no tiene otro sentido que el de hacer llegar a conocimiento de los empresarios que pudieran estar interesados en la contratación, el propósito de la Administración de celebrar el contrato. Precisamente por ello, dice la Ley que se solicitará oferta, al menos a tres empresas capacitadas para la realización del objeto, excluyendo solamente el caso en que no sea posible efectuar, ni siquiera las tres invitaciones.

Se trata, por tanto, de una carga impuesta a los órganos de contratación con la finalidad de suplir el efecto producido por la publicación del anuncio en relación con la difusión del propósito de celebrar el contrato, toda vez que si no se impusiera la obligación de invitar a los empresarios, podría resultar imposible la celebración del contrato. No es, por tanto, una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que en determinados casos restrinja el número de licitadores a sólo tres sino, como decimos, una carga impuesta a ésta para que la licitación pueda ser conocida por los interesados. (...).

Todo cuanto venimos diciendo, debe llevarnos necesariamente a la conclusión de que si por parte de licitadores no invitados se presentara, cuando el procedimiento aún lo permite, solicitudes de invitación para presentar ofertas o las propias ofertas, el órgano de contratación debe atender las primeras y aceptar las segundas”.

Concluye el Acuerdo señalando que “Cabe preguntarse, en este sentido, cuál es el iter procedimental que determina la obligación de admitir la oferta en tales condiciones presentada; y no es otro que el fin del plazo que al efecto se haya señalado en las invitaciones cursadas para la presentación de las ofertas, puesto que a partir del mismo comienza la negociación de los términos del contrato con los interesados, de manera que admitir la presentación de una oferta con posterioridad al mismo conculcaría el principio de igualdad de trato antes citado”.

38) Errores en la formulación de las ofertas: posibilidad de aclarar o subsanar los mismos cuando se trate de errores materiales o de hecho

El Acuerdo 82/2023, de 8 de noviembre, señala que “sólo será viable la oferta incurso en un error cuando sea posible su cumplimiento en las condiciones en que se realizó, sin alterar su cuantía o sus condiciones esenciales, sin perjuicio de la alteración que proceda respetando este límite infranqueable. Así, es posible que el licitador que ha cometido un error en la formulación de su oferta pueda ser admitido a la licitación si el error cometido es vencible sin alterar aquella, de modo que el órgano de contratación

pueda ejecutar el contrato conforme a lo establecido en los pliegos". Igualmente, señala que la oferta será viable cuando el error padecido sea salvable mediante la lectura conjunta del resto de la documentación exigida por el pliego, siendo necesario ponderar en cada caso concreto el equilibrio entre las exigencias del principio de igualdad de trato y las derivadas del principio de concurrencia que favorece la admisión de licitadores al procedimiento, de modo que no sean excluidas proposiciones con errores fácilmente subsanables.

Así, "el error en la oferta económica no supone ipso iure en todos los casos la exclusión sin más de la licitadora, pero la posibilidad de subsanación de la oferta, exige como conditio sine qua non la inmutabilidad de ésta, de modo que, cualquier interpretación que suponga aceptar un cambio de las características de la oferta debe ser rechazada; al igual que sucede en aquellos supuestos en que la oferta es manifiestamente incongruente o errónea, en los que como bien señala la Resolución 399/2015, de 30 de abril de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la aclaración no resulta procedente".

Respecto al carácter del error cometido, señala que es constante la jurisprudencia - por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 1356/2018, de 24 de julio - que ha dejado sentado que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, el error de que se trate debe reunir las siguientes características:

1º Debe tratarse de simples equivocaciones elementales (en nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos) sin que sea preciso acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables.

2º Deben bastar para su apreciación los datos del expediente administrativo en el que se advierte.

3º Por su propia naturaleza se trata de casos en los que no procede acudir de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos.

4º No debe producir una alteración fundamental en el sentido del acto como consecuencia de que lo que se plantea como error lleva para apreciarlo a un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica.

5º La apreciación del error material o aritmético no puede llevar a la anulación del acto, dictándose otro sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado: el ejercicio de la potestad rectificatoria no puede encubrir una auténtica revisión.

6º Debe aplicarse con criterio restrictivo.

39) La anulación del pliego de prescripciones técnicas conlleva la anulación del procedimiento de adjudicación del contrato, de tal forma que la licitación de un nuevo procedimiento deberá ser objeto del régimen de publicidad legalmente previsto, en este caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea

El Acuerdo 84/2023, de 17 de noviembre, resuelve la reclamación especial interpuesta frente a los pliegos reguladores de un contrato cuyo pliego de prescripciones

técnicas fue previamente anulado por diversos acuerdos de este Tribunal, señalando al respecto lo siguiente: *“Debe repararse, en este momento, en que, tras la anulación de determinadas prescripciones técnicas por este Tribunal en los tres acuerdos mencionados, el Ayuntamiento de Pamplona no procedió a iniciar un nuevo procedimiento de licitación, sino que se limitó a aprobar un nuevo pliego técnico y a ampliar el plazo de presentación de ofertas, dándoles publicidad en el anuncio de licitación ya existente en el Portal de Contratación.*

Se aprecia en ello una actuación contraria al sentido de los acuerdos dictados por este Tribunal, dado que los mismos, además de anular determinadas cláusulas del pliego técnico, declararon la imposibilidad de continuar válidamente con el procedimiento de adjudicación, lo que equivale a la anulación del mismo, debiendo el órgano de contratación, si desea adjudicar el servicio, proceder a tramitar un nuevo procedimiento.

Cabe mencionar, en este sentido, el contenido del artículo 129.1 de la LFCP, conforme al cual “Los Acuerdos que pongan fin al procedimiento de reclamación especial se ejecutarán por el autor del acto impugnado con sujeción estricta a sus términos.

Si el Acuerdo estableciera la anulación del procedimiento de licitación, para poder proceder a la adjudicación del contrato, el órgano de contratación deberá convocar una nueva licitación. Cuando proceda la retroacción del procedimiento, la anulación de trámites ordenada por el Tribunal no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción”.

Así, habiéndose anulado el procedimiento de licitación, el órgano de contratación debió tramitar uno nuevo, dotando al mismo del régimen de publicidad exigido legalmente. Cabe traer a colación, a este respecto, lo señalado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el informe emitido en el Expediente 60/2021, en el sentido de que la anulación de un pliego debe dar lugar a una nueva licitación: “En el presente caso, de la consulta resulta que el pliego de cláusulas administrativas particulares fue anulado y se inició una nueva licitación. De todo ello cabe deducir que si el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen en una licitación es anulado lo actuado hasta ese momento queda sin efecto, pudiendo iniciarse –si, como en este caso, se estima procedente por el órgano convocante- una nueva licitación que se regirá, como resulta obvio, por un nuevo pliego. (...).

Indudablemente el nuevo procedimiento de selección del contratista, aun cuando tenga el mismo objeto, es un procedimiento distinto e independiente del anterior. En consecuencia, salvo que en la resolución que declara la nulidad del pliego se disponga otra cosa, estaremos ante un procedimiento contractual que no guarda con el anterior ninguna vinculación desde el punto de vista de sus participantes, que podrán ser los mismos o distintos atendiendo a si deciden presentarse. Por eso, cumplido adecuadamente el requisito de la publicidad del procedimiento a través del anuncio, en los casos en que proceda, no pueden considerarse como interesados en él, sin más, a quienes tuvieran tal condición en el anterior procedimiento concluido sin adjudicación.”

Razón por la que no puede sostenerse que la publicidad de la licitación que resultó anulada por este Tribunal resulte suficiente y válida a los efectos del nuevo procedimiento, debiendo procederse a publicitar la nueva licitación conforme a las determinaciones

legales, lo que obliga a tomar en consideración que, conforme a lo señalado en el artículo 89.1 de la LFCP, “Deberá procederse a la publicación de un anuncio en el «Diario Oficial de la Unión Europea», conforme al procedimiento y modelos oficiales establecidos por la Unión Europea, para la celebración de un contrato, de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de compra, cuando su valor estimado, sea superior a los siguientes umbrales”, siendo así que el valor estimado del presente contrato de servicios supera ampliamente el umbral fijado en la letra a) de dicho apartado.

Igualmente, el apartado 3 del mismo artículo prevé que “El envío del anuncio al «Diario Oficial de la Unión Europea» deberá preceder a cualquier otra publicidad. El anuncio se publicará además en el Portal de Contratación de Navarra, una vez recibida la confirmación de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea o transcurridas 48 desde la confirmación de la recepción del envío. En todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio europeo”, previsión con la que queda clara la prevalencia de la publicidad comunitaria respecto a cualquier otra.”

Concluye el Acuerdo señalando que, habiéndose omitido la publicación del anuncio de licitación en el DOUE, la consecuencia que de ello deriva es la nulidad de pleno derecho del procedimiento de contratación, tal y como dispone el artículo 116.1.c) de la LFCP, habiéndolo declarado así este Tribunal en múltiples ocasiones, pudiéndose citar al respecto el Acuerdo 14/2015, de 23 de febrero, así como la Resolución 33/2019, de 11 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y la Resolución 1137/2015, de 11 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

40) La información adicional o las aclaraciones a los pliegos del contrato facilitadas a solicitud de las personas interesadas en su adjudicación no pueden suponer la modificación de estos

El Acuerdo 84/2023, de 17 de noviembre, señala que constituye doctrina reiterada de este Tribunal que las aclaraciones que el órgano de contratación realice a solicitud de los interesados, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.3 de la LFCP, no pueden suponer una modificación del pliego, en una interpretación sistemática de dicho precepto con lo señalado en el artículo 46.3 de la misma ley, pudiendo citarse a este respecto el previo Acuerdo 28/2023, de 25 de abril, de este Tribunal.

Alude el Acuerdo, igualmente, a la diferencia entre aclarar y modificar, a la que también se refería el Acuerdo 49/2021, de 28 de mayo, al señalar que *“Llegados a este punto, es necesario precisar que “aclarar”, según la RAE, significa “disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo”; en cambio, “modificar” significa “transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características”. Con la modificación se produce un cambio en algo, en nuestro caso en el Pliego, mientras que con la aclaración nada debe cambiar sino solamente quedar más “claro o transparente”.*

41) Cláusula que impone al adjudicatario la obligación de pagar al anterior prestador del servicio las inversiones pendientes de amortización: cláusula contraria a derecho como norma general

El Acuerdo 84/2023, de 17 de noviembre, analiza la legalidad de una cláusula del pliego técnico de un contrato que impone al nuevo adjudicatario la obligación de abonar al anterior una cantidad por las inversiones pendientes de amortizar a fecha de finalización del contrato. Alude el Acuerdo al Informe 11/93, de 12 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como a la Resolución 172/2022, de 11 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que realiza un detallado análisis de los pronunciamientos al respecto de la Junta Consultiva de Contratación Pública, concluyendo que una cláusula de este tipo tiene carácter discriminatorio como norma general.

No obstante, esta regla general puede encontrar alguna excepción, como la analizada en el Informe 21/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública, que se refiere a un supuesto muy singular de extinción anticipada de una concesión de servicios por causa no imputable al concesionario y donde resultaba de aplicación la regulación contenida en la LCSP sobre la concesión de servicios.

42) Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo (artículo 67.2 de la LFCP): finalidad, carácter de mínimo y vicio de nulidad de pleno derecho en caso de incumplimiento legal

Los Acuerdos 92/2023, de 11 de diciembre, y 93/2023, de 14 de diciembre, recuerdan que la finalidad de incluir en el pliego la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación es *“que los licitadores cuenten con datos sobre los costes laborales que habrán de asumir si resultan adjudicatarios, que son relevantes para la preparación de la oferta y que son no sólo las propias de la prestación en sí, sino también aquellas que proceden de normas sectoriales distintas de la normativa de contratación pública; resultando que la falta o insuficiencia de la misma provoca, sin lugar a duda alguna, una discriminación a favor de quien estuviera ejecutando actualmente el servicio, que quedaría colocado en una posición privilegiada con respecto a los restantes licitadores”*. Asimismo, reiteran que la información prevista en el apartado 2 del artículo 67 de la LFCP tiene un carácter de mínimo, como resulta de la expresión legal *“en todo caso”*, debiendo suministrarse, además, cualquier otra información que resulte precisa para el cumplimiento de la citada finalidad.

Señalan, igualmente, que, dado que dicha información reviste un carácter esencial en orden a la formulación de las ofertas, la omisión de la misma constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente de los principios de transparencia e igualdad de trato, y, por tanto, un vicio de nulidad de pleno derecho.

Específicamente, el Acuerdo 93/2023, de 14 de diciembre, señala que dicho precepto impone a la Administración la obligación de verificar la información suministrada sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores, antes de incluirla en el pliego.

43) Valoración de la cualificación del personal que va a ejecutar el contrato: admisión de titulaciones “similares” a las recogidas expresamente en el pliego. Aplicación del principio de libertad con idoneidad

El Acuerdo 95/2023, de 19 de diciembre, señala que en la valoración de si una determinada titulación es “similar” a las previstas expresamente en el pliego debe partirse del principio de libertad con idoneidad, conforme al cual no hay ámbitos reservados a una profesión salvo que así se establezca legalmente por su especificidad, siendo la definición del pliego en cuanto a los cometidos a desarrollar la que habrá de condicionar la titulación exigible y la apreciación de aquellas que puedan resultar similares o equiparables a las expresamente establecidas en aquel. Concluye que este es el criterio comúnmente seguido por los tribunales de contratación pública en estos supuestos para la apreciación de titulaciones equivalentes.

44) Falta de publicación de la adjudicación del contrato como irregularidad no invalidante

El Acuerdo 97/2023, de 22 de diciembre, alude, entre otras cuestiones, a la obligación de anunciar la adjudicación del contrato en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo de cinco días desde la finalización del plazo de suspensión de su eficacia, señalando que el incumplimiento de dicha obligación no constituye un vicio de nulidad del acto, sino una irregularidad no invalidante, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dado que la adjudicación fue remitida a la reclamante por correo electrónico al haber caducado la notificación electrónica realizada con anterioridad, al no haber accedido aquella a su contenido, no apreciándose por tanto perjuicio ni indefensión como consecuencia de la misma.

45) Oferta anormalmente baja: parámetro o umbral de temeridad referido a precios unitarios

El Acuerdo 97/2023, de 22 de diciembre, alude, igualmente, a la posibilidad de que el pliego regulador del contrato determine las condiciones para considerar anormalmente baja una oferta por referencia a los precios unitarios ofertados por el resto de licitadores, al no existir, conforme al pliego, un precio global o total ofertado por estos. Debe estarse, por ello, a lo dispuesto en el pliego dada su condición de ley reguladora del contrato.

PAMPLONA, ENERO 2024