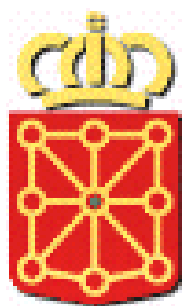


Memoria

Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra

2013



ÍNDICE

1.- PRESENTACIÓN.	3
2.- FUNCIONES.	3
3.- ORGANIZACIÓN.	4
4.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPN.	4
5. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL. AÑO 2013.	6
6.- PRINCIPALES CRITERIOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA.	9
I.- CUESTIONES PROCESALES.....	9
a) Obligación de interposición telemática de la reclamación.....	9
b) Imposibilidad de recurrir un pliego una vez devenido firme, salvo que exista nulidad de pleno derecho.	10
c) Concepto amplio de actuación recurrible.	10
d) Actos no susceptibles de recurso.	11
e) La admisibilidad de reclamación en caso de notificación inadecuada.	11
II.- CUESTIONES DE FONDO.....	12
a) Imposibilidad de que la Mesa de contratación otorgue las puntuaciones sobre nuevos criterios de adjudicación concebidos durante la fase de valoración.....	12
b) Las ofertas anormalmente bajas.....	13
c) En el procedimiento negociado debe negociarse. En caso contrario existirá nulidad de pleno derecho.	14
d) Las mejoras deben estar relacionados con el objeto del contrato y definirse de forma clara y precisa en el condicionado.	14
e) Diferencias conceptuales que existen entre solvencia técnica, criterio de adjudicación y condición de ejecución o prescripción técnica.....	15
f) Posibilidad de valorar los medios humanos o materiales como criterio de adjudicación.	16
g) Control del Tribunal sobre las valoraciones de criterios sometidos a juicio de valor.	16
h) Imposibilidad de formalizar el contrato hasta que expire el periodo suspensivo. Nulidad.....	17

1.- PRESENTACIÓN.

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

Esta Memoria tiene por objeto, no sólo ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal, sino especialmente, dar cuenta de algunos de los principales criterios doctrinales que se han adoptado, sin perjuicio de publicarse todos los acuerdos en la dirección web:

http://www.navarra.es/home_es/Servicios/Portal+contrataciones/Utilidades/Informacion/Tribunal+Administrativo+Contratos+Publicos/.

2.- FUNCIONES.

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

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

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

También son recurribles los encargos a entes instrumentales y otros actos, como aquellos que se puedan considerar adjudicaciones ilegales (como, por ejemplo, prestaciones encargadas sin procedimiento previo de adjudicación cuando este sea necesario).

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

No son recurribles los acuerdos del propio Tribunal (salvo recurso extraordinario de revisión), cabiendo frente a los mismos únicamente recurso contencioso administrativo.

C) La reclamación deberá fundarse en los siguientes **motivos**:

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

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

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

d) Los **encargos a medios instrumentales propios con infracción de los preceptos de esta Ley Foral.**

3.- ORGANIZACIÓN.

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

Conforme al artículo 208 bis.2 de la LFCP el TACPN estará compuesto por un Presidente y dos vocales, funcionarios en activo de la Administración de la Comunidad Foral, de las entidades locales de Navarra o de otras entidades sometidas a esta Ley Foral, para cuyo nombramiento se haya exigido el título de Licenciado o Grado en Derecho, que serán designados por el Gobierno de Navarra, previo informe de la Comisión Foral de Régimen Local, de conformidad con la propuesta que le eleve el Pleno de la Junta de Contratación Pública, por un periodo de seis años, pudiendo ser reelegidos. Dicho precepto permite la designación de suplentes para dicho periodo para los casos de vacante, ausencia o enfermedad. El precepto exige que el Presidente posea una experiencia profesional de al menos diez años y tener especial preparación en materia de contratación pública y para los vocales requiere que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a cinco años y tener especial preparación en materia de contratación pública.

Inició su funcionamiento el día 25 de abril de 2013 y de conformidad con el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de abril de 2013, el TACPN lo conforman don Javier Martínez Eslava, (Presidente), don Francisco Javier Vázquez Matilla (Vocal) y doña Sagrario Melón Vital (Vocal). Son suplentes de los titulares don Fermín Casado Leoz (suplente del Presidente) y doña Marta Pernaut Ojer y doña Ana Román Puerta (suplentes de los Vocales). El Secretario de la Junta de Contratación Pública ejerce las funciones de Secretario del TACPN. Actualmente ocupa dicho cargo doña Silvia Baines Zugasti.

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

El TACPN, sin perjuicio de tener una sede física en la Calle Yanguas y Miranda, 27, 1º de Pamplona, opera exclusivamente por medios telemáticos y ni tan siquiera tiene un registro físico donde puedan remitirse ningún tipo de solicitud o comunicación. En especial, y como nota distintiva del resto de tribunales de España, todo el procedimiento es enteramente electrónico.

Los acuerdos de resolución de las reclamaciones en materia de contratación pública se publicitan en la web: http://www.navarra.es/home_es/Servicios/Portal+contrataciones/Utilidades/Informacion/Tribunal+Administrativo+Contratos+Publicos/ para garantizar la transparencia de

5. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL. AÑO 2013.

El número de recursos fue de 30 Tomando como fecha el día 25 de abril – día de puesta en marcha del TACPN – y de finalización el 31 de diciembre de 2013.

Un dato a destacar es el del valor estimado global de las licitaciones que han sido impugnadas durante el año 2013, y que asciende a 277.722.280,28 €.

Sobre el cumplimiento de plazos, hay que señalar que la LFCP establece en su artículo 213.1, que el plazo de resolución de la reclamación es de 20 días hábiles desde la interposición del recurso.

El plazo medio de resolución, teniendo en cuenta la circunstancia del retraso en la aportación del expediente, ha sido de 22 días hábiles.

De acuerdo con lo anterior, en el 62,96% de los casos las reclamaciones se han resuelto dentro de los plazos legales (20 días hábiles desde la interposición). De 30 recursos en 15 ocasiones incluso se ha resuelto antes de finalizar el plazo. En el restante 37,04% la mayoría de las demoras se sitúan entre 3 y 11 días. En el cómputo del plazo de recurso se incluyen no sólo el plazo que el tribunal posee para adoptar y notificar el correspondiente acuerdo, sino los trámites de solicitud y recepción del expediente – que han generado los mayores retrasos –, así como el plazo de alegaciones a los interesados. Igualmente se ha verificado que el hecho de contar – a diferencia del resto de tribunales – con un trámite de admisión previa retrasa considerablemente la tramitación del procedimiento, siendo aconsejable su supresión. Con esta medida se estima que se conseguiría reducir el plazo de tramitación entre 5 y 10 días naturales.

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

En 3 ocasiones los acuerdos del TACPN han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que haya recaído sentencia hasta la fecha.

Por poderes adjudicadores la entidad frente a la cual han sido recibidos más recursos ha sido el Gobierno de Navarra con un total de 19 recursos (63,33%):

CONTRATO	NUMERO	%
Administración de la Comunidad Foral	19	63,33%
Entidades Locales	7	23,33%
Otros	4	13,33%
TOTAL	30	100,00%

Respecto al acto recurrido, el número y porcentaje de los recursos ha sido el siguiente:

CONTRATO	NUMERO	%
Adjudicación	12	40,00%
Pliego	7	23,33%
Exclusión	4	13,33%
Valoración técnica	5	16,67%
Otros	2	6,67%
TOTAL	30	100,00%

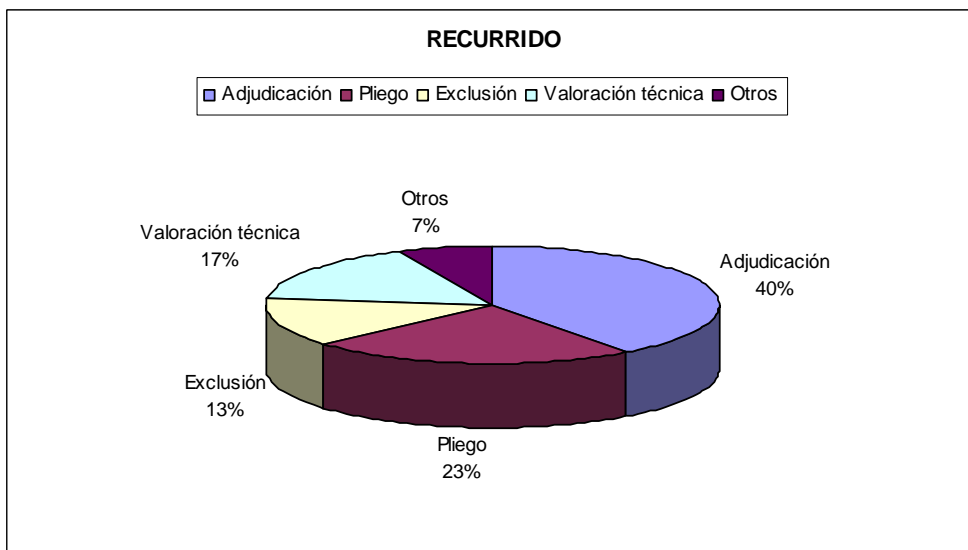
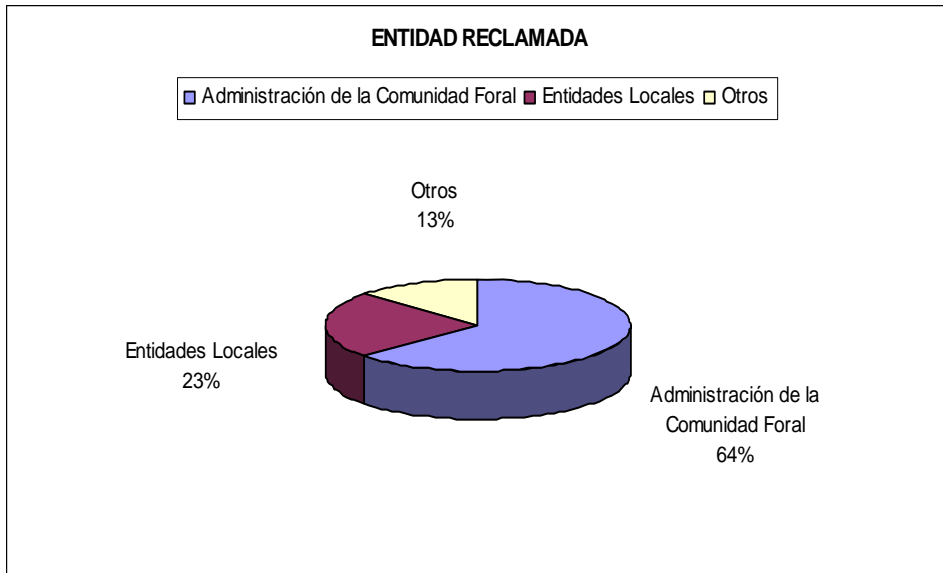
Por modalidad de contrato, el número y porcentaje de recursos ha sido el siguiente:

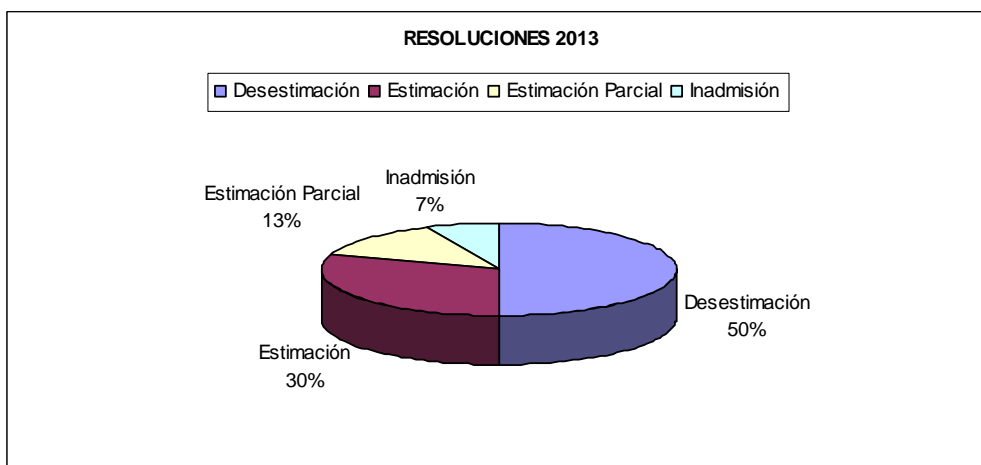
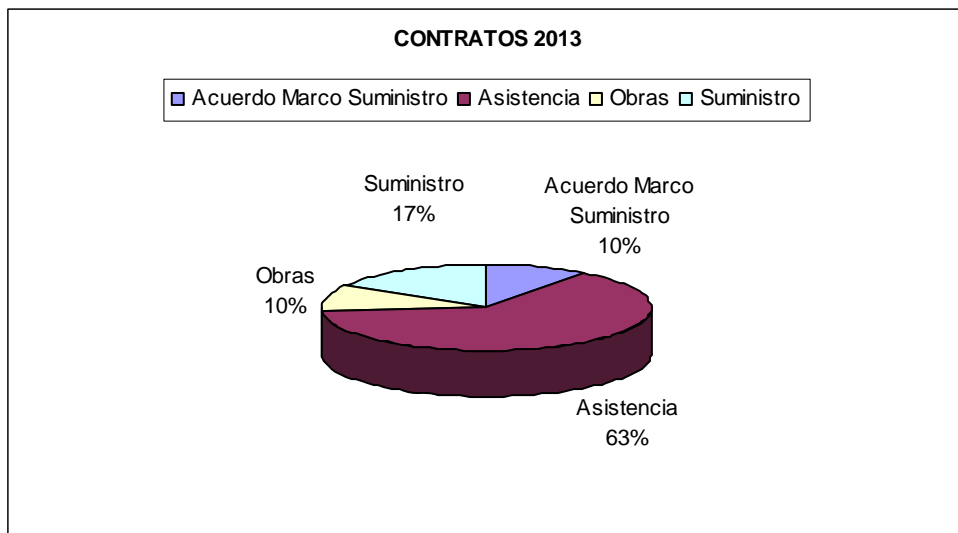
CONTRATO	NUMERO	%
Acuerdo Marco Suministro	3	10,00%
Asistencia	19	63,33%
Obras	3	10,00%
Suministro	5	16,67%
TOTAL	30	100,00%

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

CONTRATO	NUMERO	%
Desestimación	15	50,00%
Estimación	9	30,00%
Estimación Parcial	4	13,33%
Inadmisión	2	6,67%
TOTAL	30	100,00%

Excluidas las inadmisiones el porcentaje de recursos estimados (total o parcialmente) ha sido de 46,42%.





6.- PRINCIPALES CRITERIOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA.

I.- CUESTIONES PROCESALES

a) Obligación de interposición telemática de la reclamación.

El Acuerdo 26/2013, de 13 de septiembre pone de manifiesto una especialidad de la reclamación en materia de contratación: el carácter preceptivo de la interposición por vía telemática del recurso. Ello de acuerdo a lo previsto en el artículo 212.1 LFCP.

Dicho Acuerdo pone de manifiesto que *“en ningún caso puedan considerarse como una vía alternativa los registros administrativos que sirven de cauce de entrada de documentación para la tramitación en otros procedimientos de impugnación ordinarios.”*

Ello salvo error técnico acreditado del Portal de Contratación de Navarra, plataforma donde deben presentarse las reclamaciones.

«De la documentación que obra en el expediente se desprende que el requisito de presentación telemática de la reclamación no se ha cumplido, ni siquiera en el plazo para subsanar el defecto concedido para ello, que expiraba el día 23 de agosto, y dicho incumplimiento es imputable al propio interesado, de acuerdo con el pronunciamiento del soporte técnico del Portal de Contratación. (...)

La presentación por otro medio que no sea el telemático -aun tratándose del Departamento del que depende orgánicamente el Tribunal- debe conllevar la inadmisión sin posibilidad de subsanación. En tal caso, el Tribunal de no haberse agotado el plazo para presentar reclamación podrá advertir de la posibilidad de presentar nueva reclamación telemáticamente.

La regla de la posibilidad de subsanación es la que debe presidir todo procedimiento. No obstante es más cierto que ante un procedimiento especial y una regulación también especial no resulta de aplicación la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico y procedimiento administrativo común. Todo ello presidido por la especialidad celeridad perseguida.

La pretensión de la reclamación en la LFCP es diseñar un procedimiento ágil de recurso frente a las decisiones de los poderes adjudicadores. Para ello el legislador navarro ha optado por emplear como instrumento la tramitación enteramente telemática del procedimiento. No como un derecho sino como una obligación de los intervinientes en el procedimiento.

No cabe admitir opciones sobre la forma de presentación, salvo cuando se acredite que ha existido un error técnico. En este caso deberá constar un correo electrónico en la dirección electrónica oficial del Tribunal y el informe al respecto de los servicios informáticos responsables del servicio técnico de la página web de reclamaciones constatando tal circunstancia. »

Se ha admitido en ocasiones, algunas reclamaciones, que si bien no han tenido entrada por este cauce respondían a la confusión generada por la propia web, convenientemente acreditada.

b) Imposibilidad de recurrir un pliego una vez devenido firme, salvo que exista nulidad de pleno derecho.

El Acuerdo 43/2013, de 22 de noviembre pone de relieve que no es posible cuestionar la aplicación de las cláusulas de un condicionado cuando éste no ha sido recurrido en plazo, por devenir firme y consentido por éste. Ello siempre que se trate de un vicio de anulabilidad, pues los vicios de nulidad, como han entendido todos los tribunales de recurso de España, puede ser apreciado, incluso de oficio por el Tribunal – como hemos efectuado en varias ocasiones durante 2013 –.

En el caso citado, el plazo de subsanaciones no era adecuado, por ser inferior al legalmente establecido. No obstante, pese a todo, el Tribunal interpretó, dada la redacción de la cláusula concreta, que la Mesa de Contratación debió advertir la infracción e interpretar y aplicar la cláusula conjugando la norma con lo previsto en el pliego.

c) Concepto amplio de actuación recurrible.

El Tribunal interpreta que su ámbito objetivo tiene un carácter amplio. Tanto que podría decirse que en muchos casos más que una función revisora de actos ejerce un

control previo a las actuaciones verdaderamente recurribles en cualquier otro recurso ordinario.

El Acuerdo 5/2013, de 16 de mayo, pone de manifiesto que la Mesa de Contratación no está obligada por la normativa a notificar a los interesados el resultado de la valoración de la oferta técnica sino, únicamente, a comunicar a los asistentes al acto público de apertura de la oferta económica, con carácter previo a ésta, el resultado de la valoración efectuada, tal y como está previsto en el artículo 58 de la LFCP, y que, es claro que, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley Foral, *“la interposición de la reclamación que, como exige la Directiva 89/665/CEE, puede afectar a actos de trámite - aunque deben estar dotados de algún contenido relevante sin necesidad de que sean actos de trámite cualificados según los parámetros de la Ley Foral 15/2004 y de la Ley 30/1992 - y definitivos, debe producir el efecto de que se puedan corregir las infracciones cuando ello sea posible.”* Todo ello *“con el objetivo de que se puedan corregir las infracciones cuando ello sea posible ”*

d) Actos no susceptibles de recurso.

El Acuerdo 21/2013 de 7 de agosto pone de relieve que las notificaciones de la mesa de contratación, que mantienen o reiteran el contenido de una resolución anterior que fue recurrida ante la Mesa no son susceptibles de reclamación. En particular se afirma que:

“no puede considerarse susceptible de reclamación en materia de contratación pública, que únicamente decide mantener el contenido de una Resolución anterior, frente a la que por otra parte ya se reclamó en fecha 5 de julio según los datos aportados por la misma reclamante. (...) la reclamación en materia de contratación pública es de carácter potestativo y sustitutivo e impide la interposición simultánea de cualquier otro recurso administrativo basado en el mismo motivo. Así pues, es una vía incompatible con otras reclamaciones o recursos como la impugnación de la Resolución llevada a cabo el día 5 de julio, visto que los argumentos utilizados en aquella y los señalados en esta son idénticos.”

e) La admisibilidad de reclamación en caso de notificación inadecuada.

El Acuerdo 5/2013, de 16 de mayo, admitía varias reclamaciones interpuestas fuera del plazo de 10 días naturales desde la comunicación del acto objeto recurrido en acto público (apertura ofertas económicas).

El motivo es que el acto en cuestión no había sido notificado a los interesados cumpliendo los requisitos que a estos efectos establece el artículo 58 de la LRJPAC (contener el texto íntegro del acto, con indicación de si es o no un acto definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos) por lo que, conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 58 citado, esta notificación surtiría efectos a partir de la fecha en que el interesado realice las actuaciones que supongan el conocimiento y alcance del acto o interponga el recurso que proceda.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el artículo 92.5 de la LFCP obliga a que la resolución de adjudicación contendrá, al menos, los motivos por los que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características o ventajas de la oferta seleccionada y la fecha en que la adjudicación adquirirá plena eficacia, y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento administrativo.

II.- CUESTIONES DE FONDO.

a) Imposibilidad de que la Mesa de contratación otorgue las puntuaciones sobre nuevos criterios de adjudicación concebidos durante la fase de valoración.

El Acuerdo 5/2013, de 16 de mayo, pone de manifiesto que la mesa decidió distribuir cada uno de los conceptos establecidos en los criterios creando nuevos criterios de valoración y otorgando a cada uno de ellos la puntuación que estimó conveniente. El Tribunal puso de relieve, la obligación definida por el artículo 45.4 de la LFCP, de que el pliego de condiciones establezca la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación establecidos, ponderación que podrá expresarse fijando una banda de valores adecuada. Recordaba que la función de la mesa, conforme al artículo 58 de la LFCP, es valorar las ofertas conforme a los criterios de adjudicación debidamente ponderados contenidos en el Pliego.

Para resolver el asunto, el Tribunal, se apoyó en los principios rectores de la contratación pública, recogidos en el artículo 21 de la LFCP en cuanto a que existe la obligación para las entidades adjudicadoras de contratos públicos de otorgar a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y a actuar con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -STJUE- de 24 de enero de 2008 que viene a afirmar que:

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.

La Sentencia consideraba 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.

Concluye la STJUE de 24 de enero de 2008, que 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.

b) Las ofertas anormalmente bajas.

Han sido varios los asuntos que tenían como fondo las ofertas anormalmente bajas. El Acuerdo 52/2013, de 26 de diciembre aborda el recurso de un licitador que pretendía anular el acto de adjudicación a un licitador que realizó una oferta económica anormalmente baja. En este supuesto, se puso de manifiesto que la exclusión de este tipo de ofertas no puede ser automática: *“la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática”*.

En ese supuesto la Administración demandada había seguido el procedimiento recogido en el artículo 91.1 de la LFCP, y en particular, había ofrecido audiencia al licitador incurso en baja anormalmente baja y tras sus alegaciones había elaborado un posterior informe técnico en que dictaminaba la viabilidad de dicha oferta.

Por otra parte, subrayó la necesidad de que el precio del contrato corresponda con el precio de mercado.

En este sentido, el Acuerdo 25/2013 de 3 de septiembre del TACPN ponía de relieve la exigencia de que el órgano de contratación debe comprobar si una baja presenta temeridad de forma motivada. Se interpretaba el contenido del artículo 91.2 de la LFCP, para señalar que la Administración no está obligada a tramitar el procedimiento previsto, en ese caso, pero debe de reflejar en el expediente motivadamente que no aprecia que exista temeridad.

Ello ya fue puesto de manifiesto en el Acuerdo 2/2008, de 7 de marzo, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra, en que funda su derecho la reclamante, señalaba que: *“los términos del apartado 2 del artículo 91 de la LFCP, “podrá considerarse”, vienen a reflejar esa potestad discrecional de la entidad adjudicadora y no siempre una baja del 30% sobre el precio estimado del contrato será objeto de calificación como oferta anormalmente baja. Como tal potestad discrecional, que se justifica exclusivamente por la concesión de una libertad de medios para alcanzar un fin, en este caso, la adjudicación a la mejor oferta en términos de precio o de calidad-*

precio, no se pueden predeterminar los casos en que se deben considerar ofertas anormalmente bajas cuando éstas superen el límite de los 30 puntos porcentuales.”

c) En el procedimiento negociado debe negociarse. En caso contrario existirá nulidad de pleno derecho.

El Acuerdo 10/2013, de 14 de junio enjuiciaba un procedimiento en el que no se fijaron las condiciones de negociación ni existió, en consecuencia, procedimiento de negociación. A contrario, del condicionado se desprendía que la adjudicación del contrato se realizaría como si se tratase de un procedimiento abierto, sin que existieran en el condicionado ni en las actuaciones de la Mesa de contratación ninguna negociación de las ofertas que se presentarán a la licitación. Tan solo se invitó a determinadas empresas a participar, se abrieron simultáneamente las ofertas y se aplicaron los criterios de adjudicación, quedando fijados con carácter inalterable los términos del contrato sin negociación. Por ello el Tribunal consideraba nulo de pleno derecho el condicionado. Entraba de oficio en este motivo y anulaba la contratación.

Se basaba, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (C- 337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa establece que *“las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato...”*.

Resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, en relación con los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, sin que pueda quedar fijada con carácter inalterable la oferta, a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones correspondientes a los abiertos y restringidos. Por ello deberá existir cuanto menos una ronda de negociación tras recibirse la primera proposición. En otro caso no puede entenderse que exista negociación y se estarán vulnerando las reglas fundamentales para la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado, incurriendo en nulidad de pleno derecho, al omitirse un trámite esencial de este procedimiento. Trámite que sirve para diferenciar este procedimiento respecto de otros. Además, se consideró que la ausencia de negociación configuraba la omisión de un trámite esencial de este procedimiento.

d) Las mejoras deben estar relacionados con el objeto del contrato y definirse de forma clara y precisa en el condicionado.

El Tribunal en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre) puso de manifiesto al respecto de los criterios de adjudicación que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, y, en este sentido, resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas.

Las mejoras deben de guardar relación directa con el objeto del contrato y deberán estar suficientemente definidas en los pliegos y perfectamente determinado el modo de cuantificarlas a efectos de que los licitadores puedan conocer en el momento de elaborar sus ofertas cómo van a ser baremadas, pues de lo contrario la discrecionalidad sería exorbitante.

El Tribunal ha considerado que la defectuosa previsión de las mejoras es un vicio de nulidad y que puede ser también apreciado de oficio y aunque no se hayan recurrido los pliegos de condiciones.

e) Diferencias conceptuales que existen entre solvencia técnica, criterio de adjudicación y condición de ejecución o prescripción técnica.

Se ha observado a menudo que los pliegos incluyen distintas cuestiones (especialmente los medios humanos, medios materiales, instalaciones) indistintamente como solvencia técnica, criterio de adjudicación y condición de ejecución o prescripción técnica. En el Acuerdo 49/2013 de 17 de diciembre el Tribunal pretendió diferenciar resumidamente dichos conceptos.

La solvencia técnica garantizaría que el licitador concurrente reúne la adecuada capacidad técnica y profesional y, en definitiva, que dispone de la aptitud necesaria para la ejecución de los contratos. Los medios que cabe exigir para ello son exclusivamente los previstos en el artículo 14 de la LFCP que derivan de los enumerados en el artículo 48 de la Directiva 2004/18/CEE (sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/1981, Transporoute).

Sería la primera fase del procedimiento de adjudicación que consiste en verificar la aptitud de los operadores económicos admitidos al procedimiento de contratación mientras que la segunda consiste en la adjudicación del contrato, que debe realizarse basándose en los criterios de adjudicación establecidos. Ello siguiendo fundamentalmente la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto C 31/87 - "Beentjes"). Por ello se comprende que el Acuerdo 18/2013 de 29 de julio enfatizara en el carácter bifásico del procedimiento o en el secreto de proposiciones respecto de documentación administrativa y técnica, sin perjuicio de que la confusión entre ambas fases solo causa vicio de nulidad cuando lo que se desvela es la oferta económica – única protegida en la LFCP con el carácter de secreto (artículos 52.2 y 189.3 de la LFCP).

Los criterios de solvencia deben reunir los siguientes requisitos: figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio del contrato, ser criterios determinados y no meras generalidades, estar relacionados con el objeto y el importe del contrato, encontrarse entre los enumerados en el artículo 14 de la LFCP, y asegurar que en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio. Además, el nivel de solvencia será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación y al importe de aquel.

Por su parte, los criterios de adjudicación tienen como función servir de base para seleccionar a las ofertas más ventajosas de las admitidas. El Tribunal Supremo los define – Sentencia de 18 de febrero de 2002 – como las pautas, parámetros o directrices según las cuales la Administración va a valorar y seleccionar la oferta que en su conjunto ofrezca mayores ventajas para la ejecución del contrato.

El artículo 51 de la LFCP permite adjudicar el contrato tomando en cuenta exclusivamente el precio ofertado u otros criterios que permitan determinar la oferta más ventajosa. En este segundo caso requiere que los criterios estén definidos de forma precisa, especificando su importancia relativa y obliga a que estén vinculados con el objeto del contrato y obliga a que un mínimo del 50% del total pueda obtenerse por la mera aplicación de fórmulas. No deberán hacer referencia a características de las empresas licitadoras – pues entonces estaríamos ante un criterio de capacidad o solvencia – y en

definitiva, deberán ir dirigidos a determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa.

Finalmente, debe aludirse a las condiciones de ejecución del contrato que pueden venir previstas tanto en el pliego de condiciones administrativas como, más normalmente, en el pliego de prescripciones técnicas, que son obligaciones que se introducen para el adjudicatario del contrato y cuya razón de ser es su necesidad para la ejecución correcta del mismo o por la introducción de mejoras fundamentales con respecto a su objeto.

f) Posibilidad de valorar los medios humanos o materiales como criterio de adjudicación.

El Acuerdo 4/2013 de 16 de mayo puso de relieve que se considera adecuada la existencia de un compromiso de adscripción de personal como criterio de solvencia, conforme permite el artículo 14.1.c) LFCP pero cuestión distinta es que un idéntico criterio pueda ser un criterio de solvencia y un criterio de adjudicación (Véase Acuerdo 2/2012, de 5 de marzo, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública).

Se manifestaba que es acorde a Derecho valorar como criterio de adjudicación el aumento del equipo cuando ello redunde en una mejor prestación del servicio porque supone un añadido, un plus de valor, al equipo mínimo establecido como criterio de solvencia técnica. Ello porque puede incidir de forma determinante en la calidad de los trabajos a ejecutar

g) Control del Tribunal sobre las valoraciones de criterios sometidos a juicio de valor.

A menudo uno de los principales motivos de impugnación se refiere a la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación, en particular de los referidos a criterios sometidos a juicio de valor en contraposición a los que se extraen directamente mediante una fórmula y para los que la valoración es automática (Acuerdos 46/2013, de 28 de noviembre o 32/2013, de 7 de octubre, 51/2013, de 24 de diciembre, entre otros).

Si bien es el poder adjudicador el competente para interpretar el modo adecuado de aplicar los criterios de adjudicación, la Mesa de Contratación y la Administración contratante deben estar en el otorgamiento de puntuaciones conforme al tenor del condicionado.

La Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurren a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, pero como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00 *“no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso”*.

La principal función del Tribunal es comprobar si los principios rectores de la contratación pública (art. 21 LFCP) son respetados y no se incurre en arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al ejecutarla.

El principio de igualdad de trato es un principio que el aludido precepto califica de principio rector de la contratación pública, y que se traduce, según la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008 (Evropaïki Dynamiki. T-345/03) en que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes. Los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica).

El principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que *“por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata”* (Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111).

El criterio de adjudicación correspondiente a la oferta técnica conlleva a menudo una valoración subjetiva o de juicio de valor por la mesa de contratación, operando en estos casos la discrecionalidad técnica de la Mesa. Ahora bien, la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Por ello, sí es 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.

h) Imposibilidad de formalizar el contrato hasta que expire el periodo suspensivo. Nulidad.

El artículo 94 de la LFCP prohíbe que los contratos se formalicen antes de que se haya terminado el plazo de suspensión de la adjudicación. La finalidad principal es que no se inicie la prestación antes de que se haya transcurrido el plazo para la presentación de la reclamación en materia de contratación pública y que de existir algún error pueda corregirse sin causar situaciones que ya no puedan corregirse.

Sin perjuicio de ello en uno de los asuntos enjuiciados, en particular en el Acuerdo 52/2013, de 26 de diciembre se verificó que alegando desconocimiento de si habían existido reclamaciones en materia de contratación pública procedió a la formalización del de la reclamación debe ser obligatoriamente telemática.

Hay que señalar que el Portal de Contratación, creado por Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, tiene entre sus funcionalidades la de servir de soporte a la información general relativa a las entidades y órganos de contratación sometidos a la Ley Foral de Contratos Públicos, como dirección de contacto, números de teléfono y fax, dirección postal y cuenta de correo electrónico. Ahora bien, el Tribunal enfatizó en que los datos que en él constan son de plena responsabilidad de quien emite la información, que debe mantenerlos actualizados.

El artículo 126.2.f) de la LFCP recoge como causa de nulidad de Derecho administrativo *“La formalización del contrato con infracción del periodo suspensivo de la adjudicación establecido en el artículo 93.2 de la presente Ley Foral o mientras se tramita una reclamación en materia de contratación pública contra la adjudicación.”*