



Expediente: 99/2023

ACUERDO 1/2024, de 9 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por NOSSAYU, S.L. frente la Resolución 1121E/2023, de 30 de noviembre, del Director General de Telecomunicaciones y Digitalización, por la que se excluye su oferta y se adjudica a TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U. el contrato de suministro de “*Ampliación de licencias de infraestructura servidora y puesto de trabajo de Gobierno de Navarra*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de septiembre de 2023, el Departamento de Universidad, Innovación y Transformación Digital del Gobierno de Navarra publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de suministro de “*Ampliación de licencias de infraestructura servidora y puesto de trabajo de Gobierno de Navarra*”.

Con fecha 29 de septiembre se produjo la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

A dicho contrato concurrieron los siguientes licitadores:

- SEIDOR SOLUTIONS, S.L.
- TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.
- NOSSAYU, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de octubre la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre A “Documentación Administrativa” presentado por los licitadores, advirtiendo las siguientes deficiencias:

“La empresa SEIDOR SOLUTIONS S.L. no ha presentado correctamente, en tiempo y forma, toda la documentación acreditativa de la solvencia técnica, ya que no ha aportado descripción técnica y certificaciones en la forma establecida en la cláusula 10 del pliego regulador.

La empresa TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U no ha presentado la documentación requerida en el sobre A de manera suficientemente clara, ya que genera dudas sobre si está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros, o si se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección. Por lo tanto, debe subsanar, aclarando dicho extremo y, en su caso, presentando el DEUC correctamente cumplimentado.

La empresa NOSSAYU SL no ha presentado correctamente, en tiempo y forma, toda la documentación exigida en el sobre A, ya que no ha aportado DEUC del subcontratista, y la solvencia económica y la técnica no ha sido correctamente acreditada en la forma establecida en las cláusulas 9 y 10 del pliego regulador”.

La Mesa de Contratación acordó requerir la subsanación de dichas deficiencias, concediendo para ello un plazo de 5 días naturales.

La Secretaria de la Mesa de Contratación formuló los correspondientes requerimientos de subsanación. El realizado a NOSSAYU, S.L. le fue notificado el 2 de noviembre, teniendo el siguiente contenido:

“Analizada la documentación acreditativa aportada por esa empresa, se determina que la misma no es suficiente por las siguientes razones:

● *En el DEUC menciona como subcontratista a la empresa "MERCADO IT", por lo que se le requiere para que presente, respecto a dicho subcontratista, además de la información contemplada en la parte I del DEUC, la información requerida en las secciones A y B de la parte II y en la parte III de dicho documento*

● *Para acreditar la solvencia económica establecida en la cláusula 9 del pliego regulador, puesto que no aporta "declaración sobre el volumen global de negocios de la empresa, referida a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades de quien vaya a licitar, debiendo alcanzar un importe de al menos 700.000,00 euros IVA excluido."*

● *En cuanto a la solvencia técnica, se presente la memoria técnica de manera parcial, ya que, según el pliego regulador, en el apartado 35 de Características Técnicas, se solicitan 4.000 licencias "Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo" y la cantidad de 200 en concepto de "Bolsa de horas para el soporte a la instalación, configuración y puesta en marcha tanto de las licencias suministradas, en caso necesario, de cualquier otra tecnología Microsoft". La licitadora presenta parcialmente la memoria técnica, sin especificar nada acerca de la bolsa de horas. Además, presenta una descripción de licencias que no coinciden con las que se solicitan, ya que hablan de "Windows Server 2022 Device CAL", que únicamente es un componente del paquete que se solicita "Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo".*

Por ello, debe subsanarse dicha documentación presentada, aportando:

- La información requerida respecto a la empresa subcontratista.*
- La solvencia económica en la forma establecida en la cláusula 9 del pliego regulador, es decir, suministrando declaración sobre el volumen global de negocios de la empresa.*
- La memoria técnica completa, de acuerdo con los requerimientos técnicos de la cláusula 35 del pliego regulador.*

En caso de no proceder en plazo a dicha subsanación, la empresa quedará inadmitida a la licitación por no haber acreditado la solvencia técnica exigida.

EL PLAZO que se les concede para proceder a la subsanación expuesta es de CINCO DÍAS NATURALES desde el siguiente a la recepción de la presente comunicación.

La documentación solicitada deberá presentarse en la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra (PLENA)”.

Con fecha 9 de noviembre dicha empresa presentó a través del Registro Electrónico General la siguiente documentación:

1. DEUC del subcontratista RALCO NETWORKS, S.L. y certificado de su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE).

2. Documento de contestación al requerimiento donde, además de hacerse referencia a la presentación de dichos documentos, se señala que “*Aunque ya enviamos nuestra solvencia económica en forma de Registros de las 3 últimas cuentas anuales, detallamos los importes del volumen global de negocios*”, señalándose los siguientes importes: año 2020 (443.347,86); año 2021 (947.781,38); año 2022 (1.813.401,68).

Igualmente, respecto a la acreditación de la solvencia técnica, se señala lo siguiente: “*No existe producto que sea paquete de Microsoft con la nomenclatura ‘Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo’ Nosotros creíamos que se solicitaba el Windows Server 2022 Device CAL, que era el que más se parecía en el nombre, pero si debe ser un paquete como marca el requerimiento, y que además incluye el producto Windows Server 2022 Device CAL creemos entonces que el producto solicitado es el CORE CAL SUITE 2022 por dispositivo, que es una suite que incluye:*

Windows Server CAL 2022

SharePoint Server Standard CAL 2019

Exchange Server Standard CAL 2019

System Center Configuration Manager Client Management licence

System Center Endpoint Protection Client Management licence

Skype for Business Server Standard CAL

Si fuera este, que tampoco lo sabemos con seguridad, es evidente que nuestra oferta no está formulada de forma correcta, pues los precios de este último producto quintuplican, como mínimo, el precio del producto que hemos ofertado creyendo que era el solicitado, aunque el bono de horas para configurar, instalar y poner en marcha el licenciamiento tendría el mismo coste. En este punto relacionado con el bono d choras (sic), poco más podemos añadir, sólo nuestro compromiso en la instalación, configuración y puesta en marcha por el importe marcado, pues por ahora no disponemos de suficiente información de la infraestructura servidora del órgano de contratación.

Nos gustaría poder tener la opción de volver a ofertar el producto que se necesite.”

La Mesa de Contratación analizó el 14 de noviembre la documentación aportada por los licitadores al objeto de subsanar las deficiencias advertidas, haciendo constar lo siguiente:

“La mesa, analizada dicha documentación, concluye que las empresas SEIDOR SOLUTIONS S.L., y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U han subsanado adecuadamente su proposición, puesto que la primera presenta adecuadamente la documentación requerida respecto a la solvencia técnica, y la segunda aclara el extremo relativo a si se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección, aportando a su vez DEUC correctamente cumplimentado, por lo que acuerda la admisión de las ofertas de ambas empresas.

Por otra parte, la mesa considera que la empresa NOSSAYU SL no ha subsanado adecuadamente su proposición, por cuanto no ha presentado la subsanación requerida en el plazo establecida, esto es, 5 días naturales desde el siguiente a la recepción del requerimiento, habiéndolo presentado posteriormente fuera de plazo y por un medio inadecuado, ya que se presentó por registro en lugar de a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra (PLENA), tal y como se estableció en

el requerimiento y se establece en la cláusula 12 del pliego regulador y en el art. 95.3 de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos. Por lo tanto, la mesa acuerda la inadmisión de la oferta presentada por NOSSAYU SL”.

A continuación, procedió a la apertura del sobre B “Criterios cuantitativos valorables con fórmulas” presentado por las dos empresas admitidas, señalando lo siguiente respecto a la oferta de SEIDOR SOLUTIONS, S.L.:

“La Mesa de Contratación ha observado que se ha modificado por parte de la empresa SEIDOR SOLUTIONS, S.L la “Plantilla Precios Licencias” que acompaña al anexo III de la oferta económica. Así, las primeras 4.000 licencias que se indican en Plantilla Precios Licencias de su oferta económica, no se corresponden con las solicitadas en el apartado 35 y en la plantilla de precios del pliego regulador, que se denominan “Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo”.

Así mismo, la Mesa de Contratación ha observado que la oferta económica mejor puntuada, la de SEIDOR SOLUTIONS S.L., es inferior en más de treinta puntos porcentuales al precio máximo de licitación del contrato, por lo que resulta de aplicación la cláusula 13.1 del pliego regulador del contrato, que señala lo siguiente: (...).

La Mesa de Contratación ha presumido, por ello, que la citada oferta es anormalmente baja y, de acuerdo con el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, ha acordado requerir a la empresa, para que presente la justificación que considere oportuna.

En base a todo lo anterior, la Mesa de Contratación ha acordado conceder a la empresa SEIDOR SOLUTIONS S.L., un plazo de cinco días naturales para que presente la justificación que considere oportuna de dicha baja temeraria, en los términos establecidos en el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, así como una aclaración sobre el tipo de licencias que ofertan, ya que no coinciden con las solicitadas en el pliego regulador.”

Realizado dicho requerimiento, la citada empresa presentó un escrito donde manifiesta lo siguiente:

“Referente a las primeras 4.000 licencias, tipo elemento y Part-Number

Qué tras varias conversaciones con Microsoft, fabricante de las licencias objeto del suministro, nos informa que tal como solicitan en pliego, “Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo”, no existe ninguna licencia correspondiente a dicho literal, y que pueden ser las propuestas por mi representada, Windows Server CAL 2022 SLng DCAL por dispositivo con Part-number R18-06494, que tal como indicaba el pliego de prescripciones debían ser perpetuas y no llevar ningún mantenimiento asociado.

Si existen, otras licencias denominadas Core CAL SLng LSA DCAL, cuyo Part-number es W06-00002, que no se ofertan porque incumpliría el requisito de no llevar ningún mantenimiento asociado, ya que exige mantenimiento asociado Microsoft Software Assurance, no siendo además licencias Windows, tal como indica el pliego.”

Dicha justificación fue analizada técnicamente, emitiéndose un informe donde se señala lo siguiente:

“● La empresa SEIDOR SOLUTIONS, SL ha modificado el tipo de elemento “Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo” en la “Plantilla Precios Licencias” por otro tipo de elemento diferente al solicitado (“Windows Server CAL 2022 SLng DCAL por dispositivo”), al considerar que “no existe ninguna licencia correspondiente a dicho literal, y que pueden ser las propuestas por mi representada”.

Las licencias solicitadas corresponden a la suite Windows Core Cal de Microsoft, en su versión estándar, que está compuesto de las licencias Windows Server CAL, Exchange Server Standar CAL, Sharepoint Server Estándar CAL, Skype for Business Server Estándar CAL, System Center Configuration Manager CML y System Center Endpoint Protection, mientras que la propuesta de SEIDOR SOLUTIONS, SL, se corresponde con la primera de las licencias que componen la suite, por lo que no cabe lugar a aceptar la aclaración.

• *La empresa SEIDOR SOLUTIONS, SL ha realizado una oferta anormalmente baja, según se indica en la cláusula 13, Criterios de Adjudicación, del pliego regulador, que trata de argumentar en su aclaración por los descuentos que dispone la empresa, aludiendo de nuevo a unas licencias diferentes a las solicitadas, por lo que no cabe lugar a aceptar la aclaración.*

Y en base a ello podemos afirmar que la oferta presentada por la empresa SEIDOR SOLUTIONS, SL, no cumple con la cláusula 12 del Pliego Regulador que rige esta contratación, en concreto en el apartado CONTENIDO DEL “SOBRE BC – CRITERIOS CUANTITATIVOS (VALORABLES CON FÓRMULAS)”, punto 1, referente a la cumplimentación del Anexo III Proposición Económica y su consecuente “Plantilla Precios Licencias” debidamente cumplimentada y firmada.”

El 21 de noviembre la Mesa de Contratación examinó la documentación aportada por dicho licitador, señalando en la correspondiente acta que *“La mesa, analizada dicha documentación, concluye que la empresa SEIDOR SOLUTIONS S.L., no ha justificado correctamente su oferta anormalmente baja, ya que no cumple con los requerimientos técnicos exigidos en el pliego regulador, dado que las licencias ofertadas por ella no se corresponden con las exigidas en el pliego regulador. Por ello, y en base a la cláusula 35 del pliego regulador que establece que: “El no cumplimiento de estos requisitos o la no justificación de los mismos podrá suponer la exclusión de la licitación”, la Mesa de Contratación acuerda la exclusión de la empresa SEIDOR SOLUTIONS S.L., al no cumplir con los requisitos técnicos del pliego ni justificar el cambio de los mismos. Se adjunta informe técnico justificativo de dicha exclusión.”*

A continuación, acordó requerir a TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., como empresa que había formulado la oferta mejor valorada, la documentación prevista en el pliego regulador.

Examinada dicha documentación el 23 de noviembre, propuso la adjudicación del contrato a favor de dicha empresa.

Por la Resolución 1121E/2023, de 30 de noviembre, del Director General de Telecomunicaciones y Digitalización, se le adjudicó el contrato, haciéndose constar igualmente las exclusiones de NOSSAYU, S.L. y SEIDOR SOLUTIONS S.L., por las razones ya expuestas.

La notificación de dicha Resolución a NOSSAYU, S.L. se produjo con fecha 7 de diciembre.

TERCERO.- Con fecha 18 de diciembre, NOSSAYU, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión y frente a la adjudicación del contrato.

El mismo 18 de diciembre se le requirió que procediera a la subsanación de la reclamación mediante la aportación de la copia del acto recurrido, lo cual hizo en la misma fecha.

Manifiesta la reclamante que en el acta de la Mesa de Contratación de 30 de octubre se señala que la documentación presentada por la misma en el sobre A adolecía de diversos defectos, no obstante, el requerimiento de subsanación practicado se hizo con extralimitación de lo acordado y reflejado en dicha acta.

Respecto al contenido de dicho requerimiento, señala que tal y como consta en el DEUC presentado, no declaró que la subcontratación a Mercado IT fuera para integrar la solvencia, sino que simplemente se disponía a subcontratar parte de la prestación licitada, concretamente, el apartado de instalación de las licencias suministradas.

Igualmente, manifiesta que presentó la documentación requerida por el pliego para acreditar la solvencia económica y técnica, y que, si en la descripción del producto a suministrar existía algún desajuste, el mismo no le es imputable, sino que se debe a la

configuración del pliego en el que el órgano de contratación utilizó el nombre de un producto que no existe en el mercado.

Señala que, con ello, quiere significarse que el requerimiento realizado carecía de justificación, ya que constaban todos los documentos que, según el pliego, debían integrar el sobre A.

Manifiesta, igualmente, que el 9 de noviembre presentó por Registro Electrónico de la Administración General del Estado la documentación para atender el requerimiento recibido, dado que el registro de la Plataforma de Contratos de Navarra ya no lo permitía.

Señala que tras la presentación de dicha documentación no ha recibido ninguna comunicación de la Mesa ni del órgano de contratación relativa a la suficiencia o insuficiencia de la documentación aportada y, menos aún, relativa a su exclusión de la licitación, hasta que el 7 de diciembre le fue notificado el acuerdo de adjudicación donde se le excluye por *“no presentar la subsanación en el plazo concedido y por el cauce adecuado”*.

Expuestos dichos hechos, formula las siguientes alegaciones:

1ª. Falta de precisión en la determinación de las características técnicas del objeto del contrato. El órgano de contratación ha modificado el objeto del contrato (sus características técnicas) en contra de las prescripciones del artículo 124 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Señala que la cláusula 35 del pliego regulador establece que el objeto del contrato es, entre otros, el suministro de 4.000 unidades de licencias “Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo”, así como que el Informe Técnico de aclaraciones a la propuesta presentada por una de las empresas evidencia el error cometido en la configuración del pliego, error que indujo a confusión, al menos, a dos de los tres licitadores, y que ha determinado un trato desigual a los mismos.

Alega que los servicios técnicos del órgano de contratación reconocen en este informe el error en la nomenclatura empleada a la hora de definir en el pliego las características técnicas del suministro licitado.

Señala que ello significa que las dudas en el requerimiento remitido a NOSSAYU, S.L. sobre la adecuación de la oferta a las características del suministro no eran imputables al licitador, sino a la deficiente configuración del pliego, que describió como objeto del contrato un producto que no existe en el mercado y que no tiene correspondencia con ninguno de los que vende el fabricante Microsoft. Manifiesta que, a pesar de ello, el órgano de contratación ha adjudicado el contrato a TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.

Alega que lo anterior supone que el órgano de contratación ha modificado el pliego durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en perjuicio de la reclamante y en contra de lo establecido en el artículo 124 de la LCSP, que prohíbe expresamente modificar el pliego de prescripciones técnicas una vez aprobado. Igualmente supone que el órgano de contratación ha tratado de forma desigual a los distintos licitadores, en contra de lo preceptuado en el artículo 132.1 de la LCSP. Señala que ignora el producto que el adjudicatario ha ofertado, pero tiene la certeza de que no se corresponde con el descrito en el pliego, ya que el identificado en las características técnicas de este no existe en el mercado.

Concluye, por ello, que el acuerdo de adjudicación es anulable.

2ª. Vulneración de los artículos 34 y 96 de la LFCP y del artículo 73 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Reitera que no debió realizársele ningún requerimiento de subsanación, ya que la documentación presentada se ajustaba a las exigencias del pliego.

Señala, asimismo, que resulta aplicable el artículo 73 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 96 de la LFCP, artículo este

último que no dispone nada al respecto, siendo así que el apartado 3 de aquel establece lo siguiente: *“A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”*.

Alega que, en este caso, no ha existido una declaración formal de preclusión o caducidad del trámite para presentar la documentación requerida a NOSSAYU, S.L., habiéndose aportado dicha documentación antes de que se procediera a la exclusión y adjudicación del contrato, por lo que la documentación debe ser admitida.

Señala que la interpretación realizada por la Mesa de Contratación es excesivamente rigorista y contraria a los principios generales que rigen la contratación pública, que tienden a fomentar la mayor participación de licitadores y la competencia y concurrencia.

Concluye, por ello, que el acuerdo de exclusión es anulable.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se anule el acuerdo de adjudicación y, ante la imprecisión del objeto del suministro licitado, se anule el pliego y la licitación convocada. Subsidiariamente solicita que, habiéndose aportado inicialmente la documentación requerida en el pliego y, en todo caso, subsanada con carácter previo a la declaración de exclusión, se anule el acuerdo de exclusión, ordenando retrotraer las actuaciones para que la Mesa de Contratación tenga por subsanado el requerimiento realizado y valore su oferta junto con la de los demás licitadores.

CUARTO.- Con fecha 20 de diciembre el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, así como un escrito de alegaciones donde manifiesta lo siguiente:

1ª. Que la reclamante presentó de forma extemporánea y por cauce diferente al exigido la documentación requerida para la subsanación de los documentos de la cláusula 12 del pliego.

Asimismo, señala que no tiene conocimiento de la existencia de fallo alguno en PLENA, siendo así que las otras dos empresas licitadoras pudieron presentar en plazo y a través de dicha plataforma la documentación sin ningún problema. Se adjunta informe sobre la ausencia de incidencias en el funcionamiento de la plataforma durante el periodo de subsanación.

Concluye que, por ello, la Mesa de Contratación acordó su inadmisión por no haber subsanado en plazo la documentación requerida.

2ª. Respecto a que la Mesa de Contratación se ha extralimitado en su solicitud de subsanación, señala que el artículo 107 de la LFCP establece la obligatoriedad de la presentación de una declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo con cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias de prohibición para contratar, expresándose en el mismo sentido la cláusula 19 del pliego. Por lo tanto, no habiendo presentado el DEUC de la empresa subcontratista, se le requirió el mismo.

Igualmente, señala que la reclamante no presentó la declaración del volumen global de negocios, tal y como se requiere en el pliego, sino que presentó las cuentas anuales de la empresa, documentación no solicitada para acreditar la solvencia económica y financiera. Manifiesta que al ser requerida para ello presentó la citada declaración, aunque de forma extemporánea.

Respecto a la acreditación de la solvencia técnica o profesional, señala que no hay duda de que la reclamante presentó la memoria técnica incompleta, ya que, por un lado, no especificaba nada respecto a la bolsa de 200 horas requeridas en el pliego, y, por otro, presentaba una descripción de la licencia que no coincidía con la solicitada en el pliego.

3ª. Alega que no es cierto que no se le haya notificado su inadmisión, ya que el 7 de diciembre se le notificó la Resolución 1121E/2023. Además, las actas donde se recogen los acuerdos de la Mesa de Contratación están publicadas en PLENA desde el 24 de noviembre y en el Portal de Contratación desde el 7 de diciembre, por lo que la reclamante ha tenido conocimiento expreso de su inadmisión y del motivo de la misma.

4ª. Respecto a la falta de precisión en la determinación de las características técnicas del objeto del contrato, señala que el pliego solicita el suministro de licencias “Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo”, nomenclatura que no se corresponde exactamente con la denominación específica de Microsoft, que sería “Microsoft Core CAL Suite por dispositivo”, siendo la parte más destacada de esta denominación los términos “Core CAL” con los que habitualmente se denominan técnicamente estas licencias.

Señala que Microsoft diferencia este paquete Core CAL de licencias de otro más amplio, denominado “Enterprise CAL Suite”, así como de las licencias que ofrece de manera individual, tal y como se aprecia en la imagen que se inserta, obtenida de la página web de dicha empresa, de la que técnicamente no puede deducirse de ninguna manera que una solicitud de licencias “Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo”, pese a no coincidir exactamente con la denominación específica de Microsoft, sea equivalente a las licencias “Windows Server CAL 2022 SLng DCAL por dispositivo” ofertadas por la reclamante.

Respecto a los precios del producto solicitado, que la reclamante considera que podrían quintuplicar como mínimo el precio del producto que ha ofertado, señala que la cláusula 10 del pliego establece que el licitador deberá justificar adecuadamente que las licencias a suministrar tienen, entre otras, la siguiente característica: “*son licencias originales de Microsoft o hay una transferencia legal de titularidad que cumple la jurisprudencia tanto de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 12 de octubre de 2016, C-166/15) como de los tribunales españoles Sentencia del Tribunal Supremo nº 361/2016 de 1 de junio de 2016*”. Por tanto, los licitadores tienen la opción de ofertar licencias originales de Microsoft o apoyarse en la segunda de las opciones de

utilizar una transferencia legal de titularidad, que reduciría de manera significativa los precios.

Concluye que, en base a todo lo anterior, puede afirmarse que la reclamación no tiene fundamento desde el punto de vista técnico.

Alega, además, que si la reclamante no estaba de acuerdo con las características técnicas del objeto del contrato, tuvo la oportunidad de recurrir los pliegos en su momento, debiendo ser considerados estos como la auténtica ley del contrato. Por ello, si el pliego no es impugnado en el momento procedimental establecido deviene consentido y firme, por lo que no puede basar su recurso en que las características técnicas del objeto del contrato adolecen de falta de precisión.

5ª. Respecto a que no debió requerirse la subsanación porque ya había presentado toda la documentación, señala que la documentación presentada no era correcta. Alega que, además, en ningún momento anterior a conocer su exclusión manifestó que el requerimiento fuera innecesario, sino que lo atendió, si bien lo hizo fuera de plazo y en forma indebida. Señala que, por tanto, es la propia reclamante la que, con sus propios actos, demuestra que la documentación presentada no era correcta. Alega que este Tribunal ya se ha pronunciado a este respecto, haciendo referencia a la doctrina del “non licet” contra los actos propios como uno de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, junto con el denominado “pacta sunt servanda” y el imperio de la buena fe. Concluye que la empresa, al atender el requerimiento de subsanación, ya manifestó su voluntad de hacerlo, por lo que ahora no puede alegar que dicho requerimiento no debió realizarse.

6ª. Respecto a la inexistencia de declaración formal de preclusión o caducidad del trámite para presentar la documentación requerida y a la admisión de la documentación en virtud del artículo 73 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, alega que dicho argumento carece de sentido, pues el artículo 51.2 de la LFCP establece la obligatoriedad de la inadmisión de la empresa licitadora si en el plazo mínimo de 5 días no presenta la documentación requerida, lo que también establece la cláusula 15 del pliego, por lo que no cabe la aplicación supletoria de la citada ley.

Señala que la reclamante argumenta que la interpretación realizada es excesivamente rigorista y contraria a los principios generales de la contratación pública, como son fomentar la mayor participación, la competencia y la concurrencia, pero obvia los principios generales de igualdad de trato y de transparencia, siendo estos los principios que pretende salvaguardar el artículo 51.2 de la LFCP.

Atendiendo a lo expuesto, concluye que la inadmisión de la reclamante, así como el acuerdo de adjudicación, son correctos, no procediendo su anulación.

QUINTO.- Con fecha 21 de diciembre se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, siendo susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas, así como los actos de adjudicación, conforme al artículo 122.2 de la misma ley foral.

SEGUNDO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo y legítimo, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción 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, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial la Resolución 1121E/2023, de 30 de noviembre, del Director General de Telecomunicaciones y Digitalización, por la que se adjudica el contrato de la ampliación de licencias de la infraestructura servidora y de puesto de trabajo de Gobierno de Navarra, por procedimiento abierto superior al umbral europeo, a la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España S.A.U.; resolución que, en su parte expositiva, señala la decisión previamente adoptada por la Mesa de Contratación excluyendo del procedimiento a la reclamante por no haber subsanado, en tiempo y forma, la documentación incluida en el Sobre A de su proposición. Deduciendo como pretensión principal la anulación del pliego con fundamento en su imprecisión al definir el objeto del suministro y, con ello, la de la licitación convocada; y con carácter subsidiario, la anulación de su exclusión del procedimiento por no resultar, en atención a los motivos expuestos en los antecedentes de hecho del presente Acuerdo a los que nos remitimos, ajustado a derecho.

Los términos en que está formulada la pretensión determinan que debemos analizar y resolver, en primer término, la deducida con carácter principal pues sólo en la medida en que ésta resulte rechazada procederá entrar a conocer sobre la pretensión subsidiaria. Pretensión principal que supone una impugnación indirecta del pliego regulador, toda vez que se interesa su anulación con ocasión de la impugnación de uno de los actos del procedimiento posterior a la aprobación de dicho documento contractual, como es el acto de adjudicación del contrato.

Dicho lo anterior, debemos comenzar recordando la consideración de los pliegos como ley del contrato al que deben sujetarse tanto los licitadores como el órgano de contratación, como así dispone el artículo 53.1 de la LFCP cuando señala que *“Las proposiciones, que comprenden tanto la oferta técnica, si la hubiera, como la oferta económica, deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”*, teniendo en cuenta, además que dicho pliego, conocido por quien ahora reclama, no fue objeto de

recurso en el momento procedimental oportuno con ocasión de su publicación, siendo aceptado en consecuencia por los licitadores al formular sus ofertas. Así lo ha puesto de manifiesto de forma reiterada este Tribunal – por todos, Acuerdo 41/2022, de 11 de mayo – donde expusimos que *“el pliego se califica por la jurisprudencia como "auténtica ley del contrato" al recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes en sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases. Así lo afirma, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, cuando expone que “La jurisprudencia de la Sala en relación con la libertad de pactos que antes indicamos, tal como señalamos, en nuestra Sentencia de 1 de diciembre de 2020, antes citada y que ahora seguimos, y mediante la mención del artículo 4 de la Ley 13/1995, esta Sala viene declarando, por todas, Sentencia de 29 de abril de 2009 (recurso de casación n.º 1606/2007) que “es pacífico en la doctrina científica y reiterado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el Pliego de Cláusulas administrativas constituye la ley del contrato, con fuerza vinculante para las partes contratantes. Bien lo expresa el Alto Tribunal, p. ejem. en su sentencia de 9 de julio de 1988: "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración, como "ley primordial del contrato", resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego”.*

De esta consideración del pliego como ley del contrato deriva pues, como también este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones - por todos, Acuerdo 76/2019, de 24 de septiembre - su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que lo ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse del mismo o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para

ello. Esto también significa que si, como en el caso que nos ocupa, no es impugnado en el momento procedimental normativamente establecido para ello, deviene consentido y firme, debiendo aplicarse todas sus cláusulas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno. Resultando así que lo más significativo, en relación con el carácter vinculante de los pliegos, es que la participación en el procedimiento por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en los mismos que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación a la adjudicación, cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión.”

Carácter vinculante que, obviamente, también cabe predicar de las prescripciones técnicas que, conforme a lo señalado en el artículo 60 de la LFCP, forman parte del pliego, tal y como señalamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 79/2019, de 11 de octubre, al indicar que *“en la definición del objeto contractual juegan un papel relevante las prescripciones técnicas que tienen que regir la contratación, cuya finalidad es definir las características técnicas de la prestación necesarias para la correcta ejecución del contrato y, en consecuencia, necesarias para la satisfacción de la necesidad pública que, precisamente, justifica la contratación, atribuyéndose, conforme a los artículos 40 y 46 LFCP, la competencia para su aprobación al órgano de contratación. Esta decisión del órgano de contratación en cuanto al establecimiento de los requisitos técnicos exigibles queda dentro del ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para definir las características propias del servicio a prestar, 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”. Razón por la que el artículo 97 de la LFCP, en relación con la evaluación de los criterios sujetos a la aplicación de juicios de valor, prevea la posibilidad de desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato”. Vinculación que en nuestro caso recoge, de forma expresa, el propio pliego en su cláusula tercera al señalar que “El desconocimiento del presente pliego, del contrato, de sus documentos anexos o de las*

instrucciones o normas de toda índole aprobadas por la Administración que puedan ser de aplicación en la ejecución de lo pactado, no eximirá al contratista de la obligación de su cumplimiento”.

Partiendo de tales premisas, la primera cuestión a resolver es la relativa a si es posible impugnar el pliego regulador con ocasión de la impugnación de los posteriores actos que se van produciendo en el procedimiento de adjudicación, y, en el supuesto de que la respuesta a esta cuestión sea afirmativa, si, en el presente caso, concurren los requisitos que harían viable tal acción de impugnación.

Al respecto, como indicamos en nuestro Acuerdo 2/2021, de 7 de enero, la admisión de la impugnación del pliego regulador más allá del momento procedimental habilitado al efecto, con ocasión de uno de los actos posteriores del procedimiento como puede ser la adjudicación resulta excepcional. Ello obedece a que el pliego regulador constituye una actuación administrativa dentro del procedimiento de licitación susceptible de impugnación autónoma; lo que, obviamente, debe realizarse dentro del plazo legalmente previsto, siendo el dies a quo del cómputo de dicho plazo el siguiente de su publicación en el medio que en cada caso corresponda. Por eso, una vez que los Pliegos devienen firmes, solo es posible examinar si el acto de adjudicación se ha ajustado o no a estos, pero no discutir la legalidad de aquellos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006).

Este principio quiebra, ciertamente, en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, que pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior, si bien tales motivos deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva. Así, la única excepción a esta regla es que se tratase de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del pliego por una interesada normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58).

Doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, cuyo fundamento de derecho cuarto razona lo siguiente: “1. *La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la que consta en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia y puede ahora concretarse aún más en estos términos: si consentidos los PCAP, cabe atacarlos indirectamente al impugnarse el acto de adjudicación; o bien sólo será eso posible si incurren en un motivo de nulidad de pleno Derecho por infringir los principios de igualdad, publicidad y transparencia, pero no cuando la infracción sea de mera anulabilidad.*

(...)

3° *En efecto, lo que la sentencia aborda es la impugnación indirecta de los pliegos consentidos y resuelve que sí cabe tal impugnación conforme a la sentencia eVigilo, y añade que al enjuiciarse el acto de adjudicación debe advertirse si los pliegos incurren en alguna causa de nulidad de pleno Derecho.*

4° *Así, tras admitir tal impugnabilidad, lo que es ya realmente esa ratio decidendi se ventila en las circunstancias del caso concreto: advierte que, en efecto, el PCAP era defectuoso en cuanto a la fijación de criterios de valoración de las ofertas, que ello implicaba la infracción de los principios deducibles del artículo 18 de la Directiva 2014/24, pero que en este caso no se había incurrido en un trato discriminatorio con relevancia constitucional.*

5° *Por tanto, lo relevante para esta casación se ventila en dos planos: la posibilidad de impugnar los pliegos al atacarse directamente un acto de aplicación y por qué causas o motivos.*

3. *Delimitado así lo relevante para esta casación cabe decir lo siguiente respecto de la posibilidad de impugnación indirecta:*

1° *Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).*

2° *Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el*

ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

3° En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).

4° A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad". En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas.

4. Aparte de las causas de impugnación indirecta deducibles de tal sentencia eVigilo, a estos efectos se plantea cuál es el alcance de las irregularidades que afectan a los principios de la contratación pública del artículo 18 de la Directiva 2014/24, si la causa de la ilicitud de los pliegos -la ausencia de criterios de valoración de las ofertas- debe integrarse en los motivos de nulidad del artículo 47.1 o si cabe su extensión a cualquier otra infracción conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015. Esta Sala entiende que debe integrarse con los motivos de nulidad de pleno Derecho por las siguientes razones:

1° Se trata de compaginar una excepción a la regla general de que los pliegos firmes y consentidos son inatacables por las razones expuestas en el anterior punto 3 de este Fundamento de Derecho. Por tanto, tal posibilidad de impugnación indirecta debe apreciarse restrictiva y excepcionalmente.

2° Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo -como referencia-, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las

convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio, de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017).

3º Esa referencia a los casos de nulidad de pleno Derecho se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP 2017 que prevé lo siguiente: "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

5. Por razón de lo expuesto y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, a la cuestión que presenta interés casacional objetivo se responde que cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva". Consideraciones reiteradas en la Sentencia del mismo Tribunal 1199/2021, de 24 de marzo, cuando indica que "[...] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva." [...].

En línea con la doctrina jurisprudencial citada, la Sentencia nº 144/2023, de 26 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, conforme a la cual *"La primera cuestión que debemos despejar es si, al socaire de la impugnación del acto de adjudicación es posible y en qué condiciones impugnar indirectamente un pliego de condiciones firme y consentido. A este respecto traeremos a colación doctrina de nuestro TS. Y ello sin perjuicio de recordar que la Sentencia 365/2017, de 13 septiembre, de esta misma recoge la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los Pliegos de contratación, no impugnados en tiempo y forma, expuso lo siguiente: "Tras lo expuesto, queda claro que en el presente supuesto, el reclamante, al no impugnar el*

Pliego, se somete a sus determinaciones y lo convierte en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales y que por tanto nos encontramos ante un recurso indirecto contra los pliegos, que resulta extemporáneo y respecto del que, en aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, únicamente procederá la admisión cuando exista un vicio de nulidad de pleno derecho y no exista ruptura del principio de buena fe por parte del recurrente, ni de la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando a la adjudicación. A este respecto, para considerar que alguna cláusula de un pliego incurre en causa de nulidad de pleno derecho se requiere de una motivación detallada y, en todo caso, ésta debe evidenciarse “con una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional.”

El mismo Tribunal, en Sentencia 277/2020, de 9 de noviembre, sobre la impugnación del pliego con ocasión de la adjudicación expuso que “en línea de principio no cabe, al socaire de la impugnación de un acto de adjudicación (y de, en su caso, exclusión), pretender, y más, subsidiariamente como en este caso, la nulidad de los Pliegos que nunca antes se recurrieron, siendo en todo momento voluntad de la aspirante el que se reconozca su derecho a participar en el proceso selectivo”.

Pues bien, la STS número 398/2021, de 22 de marzo, el Tribunal Supremo ha reconocido la posibilidad de impugnar indirectamente los pliegos contractuales puntualizando o completando la doctrina fijada hasta la fecha; el Tribunal Supremo se cuestiona de nuevo si, una vez se aceptan los pliegos contractuales, estos pueden ser atacados indirectamente cuando se impugna el acuerdo de adjudicación, y si es así, por qué causas o motivos.

Pues bien, aunque inicia su discurso recordando que existe jurisprudencia consolidada que establece que los pliegos son la ley del contrato y que si no se impugnan en el plazo establecido quedan convalidados, añade un primer matiz que deriva de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-539/13 (en adelante, eVigilo). Esta STJUE establece que: “El artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18, deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y

normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal derecho de recurso podrá ejercitarse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”. La sentencia eVigilo determina que el plazo para impugnar los pliegos de un contrato se inicia cuando el demandante tiene conocimiento de la infracción o debería haberlo tenido. Es decir, admite la impugnación extemporánea de los pliegos si estos resultan oscuros e incomprensibles a la luz de un licitador informado y diligente.

A parte de esta primera excepción, el Tribunal Supremo entiende que la causa de la ilicitud de los pliegos (la ausencia de las reglas de valoración de las ofertas) debe integrarse en los motivos de nulidad de pleno Derecho y que esta debe ser tratada como una excepción a la imposibilidad de impugnar indirectamente los pliegos de un contrato.

En conclusión, el Tribunal Supremo admite la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos, por no haberse impugnado directamente en dos supuestos: (1) si estos no fueron impugnados en el momento oportuno porque no se comprendieron las condiciones de la licitación, y (2) si incurren en un motivo de nulidad de pleno Derecho. Ahora bien, también establece que, estas dos circunstancias deberán ser probadas y se apreciarán de manera excepcional y restrictiva.”

Descendiendo al caso concreto, la cláusula 1 del pliego regulador del contrato, señala que su objeto es el suministro para la ampliación de licencias de infraestructura servidora y puesto de trabajo de Gobierno de Navarra, con el fin de actualizar progresivamente las versiones de Bases de Datos empleadas y cumplir con el licenciamiento de puesto de trabajo asociado al despliegue de nuevas versiones de sistema operativo en la infraestructura servidora. Previsión desarrollada en su cláusula 35, que sobre las características técnicas del suministro, especifica que *“El objeto del contrato es el suministro de las siguientes licencias de infraestructura servidora y de puesto de trabajo para ampliar las ya existentes en Gobierno de Navarra, así como una bolsa de horas de ayuda a su instalación y una auditoría posterior para validar su correcto cumplimiento:*

Tipo elemento	Unidades necesarias
<i>Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo</i>	<i>4.000</i>

<i>Licencias SQL Server Enterprise 2022 por paquetes de 2 cores (1)</i>	<i>16</i>
<i>Bolsa de horas para el soporte a la instalación, configuración y puesta en marcha tanto de las licencias suministradas, en caso necesario, de cualquier otra tecnología Microsoft</i>	<i>200</i>
<i>Una vez realizada la puesta en marcha de las licencias, el licitador deberá realizar una auditoría sobre el uso de las licencias adquiridas y realizar un informe firmado por personal cualificado para la realización de auditorías de licencias de Microsoft</i>	<i>1</i>

(1) Se requieren 32 cores SQL Server Enterprise que se deberán suministrar en 16 paquetes de 2 cores debido al licenciamiento de MS

Las licencias suministradas deberán ser perpetuas (es decir, se puedan desinstalar e instalar en otro equipo), no en suscripción y propiedad de Gobierno de Navarra. No podrán ir asociadas a ningún hardware (es decir, no podrán ser tipo OEM, ROK o similar) ni tendrán asociadas ningún requerimiento de número mínimo de licencias, disponer de un contrato de soporte asociado, etc.

El no cumplimiento de estos requisitos o la no justificación de los mismos podrá suponer la exclusión de la licitación.”

Así pues, de conformidad con lo señalado en el pliego, parte del suministro está constituido por 4.000 licencias del tipo o clase “Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo”; advirtiéndose expresamente que el incumplimiento de los requerimientos técnicos previstos podrá suponer la exclusión de los licitadores. Exigiéndose, en la cláusula décima, para la acreditación de la solvencia técnica o profesional, la incorporación en el Sobre A “Documentación administrativa”, la aportación de un documento técnico en el que se describan el número y tipo de las licencias ofertadas, así como una declaración firmada electrónicamente por la persona apoderada de la empresa o persona de rango equivalente, en la que certifique que cumplen con las siguientes condiciones:

- Son licencias con derecho de uso sin límite de duración.
- Son licencias que no tienen costes de suscripción ni de mantenimiento.
- Son licencias originales de Microsoft o hay una transferencia legal de titularidad que cumple la jurisprudencia tanto de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 12 de octubre de 2016, C-166/15) como

de los tribunales españoles Sentencia del Tribunal Supremo nº 361/2016 de 1 de junio de 2016.

- Las licencias son de tipo perpetuo.
- Las licencias no van asociadas a ningún tipo de Hardware.
- La contratación de las licencias no tiene asociadas ningún requerimiento de número mínimo de licencias, disponer de un contrato de soporte asociado, etc.

Según consta en el expediente administrativo, dos de las tres licitadoras (entre ellas, la reclamante), ofertaron licencias que no coincidían con las expresamente indicadas en el pliego, siendo requeridas en orden a la subsanación de la documentación correspondiente a la descripción técnica de las licencias a suministrar que debía incorporarse en el Sobre A; y ello por entender, en ambos casos, que lo ofertado se correspondía únicamente con parte del paquete que compone el objeto del suministro.

Empero, lo cierto es que en el informe de alegaciones remitido por la entidad contratante con ocasión de la reclamación interpuesta, el órgano de contratación reconoce que la nomenclatura empleada en el pliego para identificar las licencias a suministrar no se corresponde exactamente con la denominación que utiliza Microsoft, que sería “Microsoft Core CAL Suite por dispositivo”; evidenciándose así, como alega la reclamante, que el pliego adolece de falta de precisión en la definición del objeto del contrato, y no lo hace en un aspecto menor sino en un extremo de singular relevancia como es la identificación del tipo de licencias cuya adquisición se precisa.

Llegados a este punto, no está de más recordar la obligación de transparencia que incumbe a los órganos de contratación en la redacción del pliego y del anuncio de licitación, habiendo señalado este Tribunal, en su Acuerdo 25/2023, de 14 de marzo, que *“A este respecto, tal y como señala la Resolución 116/2020, de 3 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dicha obligación de transparencia “implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y*

normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas 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 aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, Succhi di Frutta, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO)”. Obligación de transparencia a que alude el artículo 2.1 de la LFCP cuando prevé que “Las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad, interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea”.

También el Acuerdo 19/2021, de 24 de febrero, prevé que “*como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de abril de 2019, rige en materia de contratación el principio general de que los términos confusos, ambiguos u oscuros de los pliegos contractuales no puede perjudicar a la parte que no los ha redactado, correspondiendo por el contrario al órgano de contratación comprobar y velar por que las condiciones regidoras del procedimiento de licitación sean absolutamente claras e inequívocas y no induzcan a confusión en aras a preservar la pureza del procedimiento y la igualdad de trato de las ofertas de las licitadoras*”.

Y lo cierto es que tal imprecisión – expresamente reconocida por el órgano de contratación, debemos insistir en ello – ha generado confusión en las licitadoras, pues como hemos apuntado, dos de ellas han ofertado un tipo de licencia distinta que la exigida en el pliego; sin que resulte admisible trasladar a éstas la carga de acertar a

integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas oscuras, contradictorias o erróneas, como es el caso.

Y no sólo eso, sino que no cabe sino presumir que el alcance del error existente en la identificación del tipo de licencias a suministrar no pudo ser advertido por las licitadoras sino hasta el momento en que se les requiere la subsanación de la descripción técnica de los productos, pues así se deduce de la respuesta que ambas trasladan en el trámite de subsanación, momento en el que la reclamante indica que *“No existe producto que sea paquete de Microsoft con la nomenclatura ‘Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo’ Nosotros creíamos que se solicitaba el Windows Server 2022 Device CAL, que era el que más se parecía en el nombre, pero si debe ser un paquete como marca el requerimiento, y que además incluye el producto Windows Server 2022 Device CAL creemos entonces que el producto solicitado es el CORE CAL SUITE 2022 por dispositivo, que es una suite que incluye (...) Si fuera este, que tampoco lo sabemos con seguridad, es evidente que nuestra oferta no está formulada de forma correcta, pues los precios de este último producto quintuplican, como mínimo, el precio del producto que hemos ofertado creyendo que era el solicitado (...)”*. Al igual que la otra de las licitadoras que, en dicho trámite procedimental, señala que *“tras varias conversaciones con Microsoft, fabricante de las licencias objeto del suministro, nos informa que tal como solicitan en pliego, ‘Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo’, no existe ninguna licencia correspondiente a dicho literal, y que pueden ser las propuestas por mi representada, Windows Server CAL 2022 SLng DCAL por dispositivo con Part-number R18-06494, que tal como indicaba el pliego de prescripciones debían ser perpetuas y no llevar ningún mantenimiento asociado. Si existen, otras licencias denominadas Core CAL SLng LSA DCAL, cuyo Part-number es W06-00002, que no se ofertan porque incumpliría el requisito de no llevar ningún mantenimiento asociado, ya que exige mantenimiento asociado Microsoft Software Assurance, no siendo además licencias Windows, tal como indica el pliego”*.

Así pues, este Tribunal entiende, a la vista de las manifestaciones realizadas por las licitadoras en el curso del procedimiento, que las condiciones de la licitación resultaron, efectivamente y como consecuencia del error existente en la definición del objeto del contrato, incomprensibles para las interesadas; justificándose así la aplicación

de la doctrina jurisprudencial anteriormente citada y admitiéndose, por tanto, su impugnación con ocasión de la del acto de adjudicación.

Pero es que además, y derivado de lo anterior, cabe apreciar también la concurrencia del segundo de los supuestos en que, conforme a la doctrina citada, se admite la impugnación indirecta del pliego, es decir, la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho. Nos explicamos.

El órgano de contratación en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal afirma que *“El pliego regulador solicita el suministro de licencias “Windows Core Cal Estándar 2022 por dispositivo”, lo cual tiene una nomenclatura que no se corresponde exactamente con la denominación específica de Microsoft, que sería “Microsoft Core CAL Suite por dispositivo”, siendo la parte más destacada de este nombre los términos “Core CAL” con los que habitualmente se denominan técnicamente estas licencias. Microsoft diferencia este paquete Core CAL de licencias de otro más amplio denominado “Enterprise CAL Suite”, así como de las licencias que ofrece de manera individual (...)”*. Manifestación que no sólo supone el reconocimiento de un error en la identificación del producto sino que, teniendo en cuenta que el pliego también exige que las licencias ofertadas sean originales de Microsoft o que haya una transferencia legal de titularidad, pone de relieve la imposibilidad del objeto del suministro licitado, pues no existe una licencia de Microsoft que coincida con la nomenclatura descrita en el pliego; concurriendo de este modo el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 47.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, sobre la que la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2000, señala: *“La nulidad de pleno Derecho de actos administrativos que tengan un contenido imposible (artículo 47.1 b) de la LPA de 1958 y hoy artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (LJPAC) es trasunto en el régimen de dichos actos del principio que expresa el artículo 1272 del Código Civil para los contratos. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.*

La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico

equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (arts. 48.1 LPA y 83.2 de la LJCA); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 de noviembre de 1981 [RJ 1981, 4755] y 9 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2909]).”

En similares términos se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 245/2013, de 27 de junio, cuando razona que *“En el presente caso se trata, pues, de mucho más que de errores materiales, pues estamos ante una resolución que es contraria a derecho porque conculca las condiciones esenciales en que debe desarrollarse una licitación, que debe identificar con precisión cuál es el objeto del contrato y no variar dicho objeto durante el procedimiento de selección del contratista. Por esta razón, la actuación impugnada no puede ampararse en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992 ni en el concepto de error material que contiene, sino que estamos en presencia de un vicio invalidante, que además genera la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada por tratarse de un acto de contenido imposible del artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992. (...). Ello generaría la existencia de un acto de contenido imposible, porque dicha adjudicación no podría nunca producir el efecto propio de la misma, que en el caso de los Acuerdos Marco sería la contratación de los productos ofertados respecto de los cuales ha sido seleccionado el potencial suministrador.”*

Y así, si como reconoce el órgano de contratación, y a ello hemos de estar, la licencia que el pliego exige suministrar no existe como tal, fácil es colegir que el producto ofertado por quien ha resultado adjudicatario es diferente al exigido en el pliego, resultando así que la adjudicación del contrato en su favor no resulta ajustada a derecho, pues cabe apreciar en tal decisión una evidente infracción del principio de

igualdad de trato, en la medida en que la admisión de dicha oferta supone, de facto, una modificación de las condiciones de la licitación, una vez aprobado el pliego, en la fase de adjudicación, lo que no es admisible.

En definitiva, procede la estimación de la pretensión deducida con carácter principal, disponiendo la anulación del pliego regulador por la concurrencia de un error en la definición de su objeto que determina la imposibilidad de su cumplimiento; y, por ende, la del acto de adjudicación y del propio procedimiento, sin posibilidad de continuarlos válidamente.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por NOSSAYU, S.L. frente la Resolución 1121E/2023, de 30 de noviembre, del Director General de Telecomunicaciones y Digitalización, por la que se excluye su oferta y se adjudica a TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U. el contrato de suministro de “*Ampliación de licencias de infraestructura servidora y puesto de trabajo de Gobierno de Navarra*”, anulando, en los términos expuestos, el pliego regulador, así como el acto de adjudicación y el propio procedimiento, sin posibilidad de continuarlos válidamente.

2º. Notificar este acuerdo a NOSSAYU, S.L., al Departamento de Universidad, Innovación y Transformación Digital del Gobierno de Navarra, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 9 de enero de 2024. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.