



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -1º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 68 – 78
E-mail: Tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 61/2018

ACUERDO 106/2018, de 17 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por doña G. M. M., en representación de “IPAR TELECOMUNICACIONES, S.L.”, frente a la adjudicación del “*Acuerdo Marco para la ejecución de trabajos de instalación de radioenlaces*”, notificada por “Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A. (NASERTIC)”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de mayo de 2018 “Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A. (NASERTIC)” publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del “*Acuerdo Marco para la ejecución de trabajos de instalación de radioenlaces*”. Se trata de la licitación de un acuerdo marco, con un valor estimado de 340.000,00 euros, cuyo objeto es seleccionar un máximo de 4 proveedores diferentes y fijar las condiciones con arreglo a las cuales NASERTIC encargará la ejecución de las obras correspondientes a la instalación de radioenlaces.

Dentro del plazo establecido al efecto, la mercantil “IPAR TELECOMUNICACIONES, S.L.”, en adelante “IPAR”, presentó oferta.

SEGUNDO.- El día 4 de julio de 2018 NASERTIC remite a IPAR un correo electrónico en el que le informa que cuatro empresas han resultado “*adjudicatarias del acuerdo marco*” (IPAR no está entre ellas) y que las ofertas presentadas por esas entidades han sido las más ventajosas en su conjunto, tal y como se detalla en el “*Acta de Apertura y Propuesta de Adjudicación*”. A la notificación se adjunta el informe técnico con el resumen de las puntuaciones obtenidas así como el acta de “apertura y propuesta de adjudicación”.

En el acta de “apertura y propuesta de adjudicación”, de 28 de junio de 2018, se recoge lo siguiente:

“Por tanto, y en cumplimiento del artículo 200.3 de la Ley Foral, 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, según redacción dada por la Ley Foral 3/2013, se les informa:

- *Que del procedimiento para la adjudicación del contrato citado, y en aplicación de las Condiciones Regulatoras que han regido el mismo, han resultado adjudicatarias las siguientes empresas:*
 - o *CYS*
 - o *INABENSA*
 - o *ELECNOR*
 - o *M&B*

- *Que, en relación a las características y ventajas de las ofertas que han resultado adjudicatarias, teniendo en cuenta los criterios de adjudicación determinados en las Condiciones Regulatoras, las ofertas presentadas por las entidades adjudicatarias han sido las más ventajosas en su conjunto.*

- *Que a la fecha de finalización del plazo de suspensión de los efectos de la decisión de adjudicación del contrato, teniendo en cuenta los plazos dispuestos en el artículo 200.2 de la Ley Foral, 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, es el próximo 14 de julio de 2018.*

- *Que en los artículos 210 y siguientes de la Ley Foral 6/2016 se regulan las reclamaciones en materia de contratación pública.”*

TERCERO.- Con fecha 14 de julio de 2018 doña G. M. M., en representación de IPAR, interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente a la “propuesta de adjudicación en la licitación para un acuerdo Marco de instalación de radioenlaces” notificada el 4 de julio por NASERTIC. En el formulario establecido en el Portal de Contratación de Navarra IPAR señala como “Licitación contra la que

reclama” la referida al “Acuerdo Marco para la contratación trabajos de Suministro de Radioenlaces”.

Como motivos de impugnación, IPAR señala, en síntesis, los siguientes:

1º.- Lesión de los principios de transparencia y publicidad al habersele prohibido el acceso a una parte sustancial de la documentación técnica bajo el amparo de la alegación de confidencialidad por el resto de licitadores.

Al respecto señala que los licitadores no justificaron los motivos por el que las exclusiones pudiesen afectar a los valores propugnados como objeto de salvaguardia y que el órgano de contratación en ningún momento adoptó un criterio sobre el equilibrio entre confidencialidad y transparencia, limitándose en algún caso a proponer una subsanación, que fue aceptada o no por la empresa, quedando el criterio de las empresas como válido en todo caso.

Según afirma, las definiciones de la documentación confidencial por la mayoría de los licitadores han sido muy extensas en el apartado técnico, siendo dichas definiciones carentes de justificación general, y en ningún supuesto de justificación particular y, de hecho, lo único que se ha podido comprobar con carácter general son los medios materiales a utilizar y la documentación de los planes de seguridad y salud laboral y de prescripciones medioambientales, áreas en que la puntuación ha sido idéntica para todos los licitadores.

Ello ha supuesto no haya tenido ocasión de comprobar la corrección de los criterios de valoración que ha aplicado el órgano de contratación, causándole indefensión, como ocurre, asimismo, con el desconocimiento de los motivos de admisión o no de los licitadores (análisis de solvencia), que se desconocen por completo pues el acta nada refiere al respecto.

Por todo ello concluye que se hace necesaria la estimación del motivo al objeto de retrotraer las actuaciones al momento de comisión del fallo procedimental, dándole

ocasión de acceder a la documentación necesaria para comprobar la procedencia de las puntuaciones asignadas por el órgano de contratación.

2º.- Indebida admisión de las empresas GRUPO CYS, INABENSA, ALTEL y SINKAL, entendiéndose a la luz de la documentación del sobre nº 1 que las mismas carecen de la necesaria solvencia profesional y técnica, conforme a lo dispuesto en la normativa vigente y en el pliego de prescripciones técnicas y administrativas.

En relación con el GRUPO CYS señala que esta empresa aporta varios certificados de Telefónica (del 2.010, referido a trabajos de 2.008); de NEC, del 2.013; otro de Telefónica, de soporte Help Desk, de 2.007; de Alcatel, de 2.013; del Ayuntamiento de Madrid, de trabajos en el período 2.009-2.013 y de Nokia, de mantenimientos de redes de telefonía móvil y fija, de 2.009, por lo que los anteriores certificados no pueden ser admisibles en cuanto, además de otros defectos (especialmente, no relacionarse directamente con el montaje y desmontaje de los radioenlaces identificados como exclusivo objeto del contrato), se refieren a períodos anteriores a los tres últimos años. En cuanto al certificado de la empresa Ericsson, considera que está indirectamente relacionado con el objeto del contrato, por importe de 221.450€ (se refiere a telefonía pero no expresamente a los concretos radioenlaces objeto del contrato) pero que no desglosa los períodos de ejecución del contrato.

Sobre la empresa INABENSA manifiesta que aporta certificados de Vodafone-BBVA (suministro e instalaciones) y de Vodafone (obra civil, instalación y construcción de antenas) sin relación con el objeto del contrato; de ADIF, que incluye obra civil sin desglose alguno de los presupuestos relativos al objeto del contrato, por el período 2.009 a 2.015 y que refiere una cuantía para este ejercicio de 212.412,04, pero que sin embargo se refiere a obra civil, suministro e instalación de antenas y mástiles, todo ello muy alejado a la instalación y desinstalación de los radioenlaces; (del 2.010, referido a trabajos de 2.008); de SEITT sobre suministros e instalaciones, de nuevo en nada relacionado con el objeto del contrato; del BBVA-Vodafone, sobre cobertura de edificios, tampoco sin relación alguna, y de Vodafone, del 2.016, sobre suministro de redes y obra asociada, tampoco relacionado con el objeto del contrato.

Señala que ello se acredita por el tenor literal de los redactados de los certificados, que se refieren a otros ámbitos, en general más cercanos a la obra civil y en todo caso ajenos a la instalación y retirada de radioenlaces de los modelos propuestos en el condicionado técnico; y por la ausencia de desglose en cuanto a concretos períodos y tareas realizadas y su incardinamiento con el objeto del contrato. Además es prueba de lo anterior que, mientras se declaran 104.391€ facturados en relación al contrato en 2.016, los certificados que dicen acreditar ello (SEITT y VODAFONE) reflejan trabajos por 17.500.000€ de facturación, lo que no tiene otra explicación que se refieren a trabajos totalmente ajenos a los licitados por el órgano de contratación.

Finalmente, indica que la empresa manifiesta que subcontratará los trabajos, pero nada aporta sobre las capacidades del subcontratista.

Respecto de ALTEL significa que aporta certificados que no cumplen las exigencias del condicionado en cuanto al objeto y resto de exigencias. Así:

- El certificado de IBERDROLA de mantenimiento e instalación radioenlaces, repetidores y sistemas de telecontrol, no explicita cuantías, abarca un espacio temporal desde 2.012 y no identifica separadamente los ejercicios.
- El certificado de ZTE se refiere a un objeto genérico de instalación y puesta en funcionamiento de sistemas telefónicos, sin referencia al objeto específico del contrato; por otra parte, no desglosa el contenido de los servicios.
- El certificado de CELLNEX, referido a mantenimiento e instalación de infraestructuras y equipamiento técnico, que no desglosa, trabajos por otra parte ajenos al contenido contractual licitado.
- El certificado de VIESGO, servicios de mantenimiento e instalación de sistemas de radioenlaces, radio telefonía móvil y terminales asociados, no desglosa por años los trabajos ni cuales se asemejan y tampoco cuantía el objeto del contrato realizados ni las cuantías de los mismos.

Finalmente, sobre los certificados aportados por SINKAL afirma que esta empresa declara en el apartado de solvencia económica y financiera trabajos realizados

en 2.015 por 22.769,49€ para ABERTIS/NASERTEC y para ELEC NOR en el período 2.015-2.017, sin que en ningún ejercicio alcanzase la facturación de 200.000€ en un año por lo que debe reputarse carente de solvencia económica y financiera.

En cuanto a la solvencia técnica y profesional, dice que ningún certificado de buena ejecución aporta SINKAL al respecto, pues dice que la empresa para la que trabajó no se lo aporta, sin mayor acreditación de lo anterior ni “*fehaciencia*” de la buena ejecución de los trabajos. Ante ello el órgano de contratación le otorgó mediante correo de 28 de mayo de 2.018, hora 14:37, plazo de subsanación hasta el día 2 de julio, requiriéndole para que “*aportase los certificados de buena ejecución* “. La empresa no los aporta pero pese a ello el órgano de contratación, manifestando verbalmente que es un tema conocido y que se le tiene por cumplida la acreditación de dicha solvencia, viene a admitirlo, sin mayor explicación.

De todo ello extrae la conclusión de que las propuestas de los licitadores GRUPO CYS, INABENSA, ALTEL y SINKAL debe excluirse a dichos licitadores por falta de solvencia.

3º.- Infracción de lo regulado en el artículo 91.5 de la LFCP por ausencia de motivación de la propuesta de adjudicación objeto de la reclamación.

Sobre ello, la reclamante manifiesta que el acto de propuesta de adjudicación llevado a cabo el pasado 4 de julio de 2.018 se limita a indicar, en relación a la misma, que no ha resultado adjudicataria sin hacer referencia a los motivos de ello ni a las características y ventajas de la oferta seleccionada. También señala que el informe de valoración se limita a asignar puntuaciones sin otra argumentación que una mera alusión al motivo genérico y sin hacerse constar los extremos concretos, sobre los que no consta explicación alguna, y que cada apartado que corresponde a un subcriterio de adjudicación no sólo asigna una puntuación sobre la máxima prevista utilizando expresiones muy genéricas y de contenido indeterminado, que no permiten conocer la razón de dicha puntuación que se otorga, sino que en muchos casos se han tenido en cuenta más cuestiones formales en presentación de las ofertas que su propia calidad e

idoneidad, mezclando la calidad de la documentación presentada o la simple promesa sin “*fehaciencia*” alguna con la propia oferta técnica.

Por tanto, señala que del informe técnico se concluye que sólo resulta posible conocer cuál es la puntuación final de cada licitador, incluido los que han resultado adjudicatarios, pero no el razonamiento por el que se han alcanzado dichas puntuaciones, siendo dicho proceder un incumplimiento que, convirtiendo la decisión en arbitraria, comporta su anulación y el efecto de lo anterior no puede ser sino la retroacción de las actuaciones al momento de comisión de la ausencia de motivación, que deberá ser subsanada, dando lugar a una nueva motivación, este vez sí ajustada a las exigencias legales vigentes.

CUARTO.- El día 18 de julio de 2018 NASERTIC comparece en el procedimiento de reclamación manifestando que con el fin de dar respuesta a la reclamación interpuesta, al acceder al expediente observa una contradicción: el escrito de reclamación es en contra del acto de adjudicación del “Acuerdo Marco para la ejecución de trabajos de instalación de Radioenlaces” pero telemáticamente se ha recurrido otro procedimiento, el del “Acuerdo Marco para la ejecución de trabajos de suministro de Radioenlaces”, por lo que hasta que no se resuelva la contradicción solicita un aplazamiento del plazo para la presentación de la documentación y alegaciones.

El día siguiente, doña G. M. M., en representación de IPAR, comparece manifestando que la reclamación se presentó de forma telemática y por error se seleccionó como vía de presentación la de un procedimiento con similar contenido y modalidad, pero dirigido al suministro y no la instalación de radioenlaces, y que el objeto material de la reclamación es indudablemente el acuerdo marco para la instalación y no para el suministro, y el error devino de la similitud de la denominación de ambas convocatorias y de la necesidad de utilizar la selección predeterminada en un archivo desplegable, sin posibilidad de hacer constar manuscritamente el objeto del contrato en la vía de presentación del recurso.

Procede en consecuencia, señala, tener por subsanado el error, acordarse que la reclamación tiene por objeto el acto de trámite recaído en la convocatoria para un Acuerdo Marco para la ejecución de trabajos de instalación de radioenlaces y, en consecuencia, debe así comunicarse al órgano de contratación al objeto de realizar alegaciones y presentar documentación sobre dicha convocatoria, con suspensión del plazo del trámite correspondiente por el tiempo transcurrido en subsanar el error detectado.

QUINTO.- Con fecha 10 de agosto de 2018 NASERTIC remite el expediente del contrato y sus alegaciones que, en lo que aquí interesa, a continuación reproducimos en síntesis.

En primer lugar relata que, tras la celebración del acto público de apertura del sobre nº 3, con fecha 25 de junio de 2018 IPAR solicita vista y acceso al expediente para el estudio del mismo. Por ello, en virtud de la regulación del artículo 23 de la LFCP y en aras de hallar un equilibrio entre la confidencialidad y la publicidad de la información solicitada, NASERTIC solicita a todas las entidades licitadoras comunicación motivada a cerca de la información confidencial dentro de su oferta.

Habiendo recibido respuestas de todas ellas, salvo de la empresa M&E, se requiere a la entidad SINKAL y a ALTEL que vuelvan a considerar la declaración de confidencialidad, ya que la misma no puede extenderse a la totalidad de la oferta técnica. No obstante, por parte de SINKAL, se procede a estimar la pretensión debido a que la totalidad de la oferta técnica se compone de currículums, formaciones y títulos de personas integrantes de la empresa, que por protección de datos se considera oportuno considerarlo confidencial.

En el caso de la omisión de declaración de M&E, debido a que el órgano de contratación viene obligado a realizar una ponderación de los intereses en conflicto, se resuelve declarar confidencial dentro de su empresa los puntos referentes al “Servicio de asistencia al cliente”, por guardar información de contacto personal de trabajadores de la entidad y por mencionar documentación interna propia de la entidad. En relación a

todas las demás declaraciones de confidencialidad, desde NASERTIC se consideran adecuadas y justificadas.

De esta forma, añade, siendo conscientes de la jurisprudencia asentada por los Tribunales de Contratación Pública, recibidas las declaraciones por parte de las entidades licitadoras, indicadoras de puntos de su oferta que se consideran cruciales para su estrategia empresarial y consecución de los precios ofertados, se admiten las mismas a fin de no perjudicar la competencia.

A ello añade que *“la información necesaria para puntuar de acuerdo a los Criterios de Adjudicación expuestos en los Pliegos que rigen la contratación se encuentra en el informe técnico elaborado al respecto. Al hilo de lo anterior, cabe citar la Resolución 2016/163263, de 5 de agosto del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el cual afirma que <<el acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes), por lo que, en la medida en que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto de adjudicación del contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación>>. Añadiendo el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en el Acuerdo 14/2017, de 7 de abril, <<que será la reclamante quien deberá, en su caso explicitar cuales son los extremos de su impugnación para los que dicho acceso se revela imprescindible>>, no habiéndose realizado tal detalle.*

Pues bien, en análisis del procedimiento objeto de reclamación, entendemos que, además de las razones dadas por las empresas, los datos que han sido necesarios para la puntuación de la oferta técnica quedan plasmados en el informe técnico que se emplazó a las entidades licitadoras junto con la propuesta de adjudicación, no considerando por tanto imprescindible el acceso a los puntos declarados confidenciales por los participantes del procedimiento”.

Sobre la tacha de falta de motivación de las valoraciones de las ofertas, NASERTIC afirma que tal y como se puede comprobar en la comunicación de la propuesta de adjudicación, y según se establece en el artículo 200.3 de la LFCP, se hace referencia a los motivos de la puntuación y a las características y ventajas de la oferta seleccionada mediante el “Acta de Apertura y propuesta de adjudicación Instalación Radioenlaces.pdf” y el “Informe valoración técnica acuerdo marco instalación radioenlaces” que se adjuntó en la notificación, dándole cumplimiento a los mandatos regulados la LFCP.

Sobre la alegación de la reclamante, relativa a que el informe de valoración *“no permiten conocer la razón de dicha puntuación que se otorga, sino que en muchos casos se han tenido en cuenta más cuestiones formales en presentación de las ofertas que su propia calidad e idoneidad”* señala que carece de base jurídica y fáctica ya que se ha actuado en todo momento conforme a lo establecido en los Pliegos y las puntuaciones otorgadas y motivadas en el informe de valoración, tal y como puede cotejarse, se realizan en base a criterios objetivos, y con la suficiente motivación para poder valorarlo por parte de los licitadores, tal y como se indica a continuación:

Señala que los diferentes apartados a valorar, se pueden clasificar en 4 tipologías a la hora de establecer la puntuación:

1. Fórmula. Se aplica la fórmula recogida en pliego, en base a lo ofertado por cada licitador.
2. Cumplimiento. Se otorga la puntuación total en caso de cumplir y nula en caso de no cumplir.
3. Proporcional. Se otorga la máxima puntuación al licitador que más unidades oferte y al resto de forma lineal.
4. Comparativa. En el informe se reflejan las diferencias entre los licitadores, para reflejar las diferencias de puntuaciones entre ellos y en ningún caso se pretende hacer una recopilación de los aspectos valorables.

En la siguiente tabla se muestran la clasificación de los aspectos valorados y su tipo:

	Puntos	Tipo Valoración
PROPUESTA ORGANIZATIVA	25	
Propuesta real de plan de trabajo	10	Comparativa
Respuesta a altas cargas de trabajo	5	Proporcional
Procedimientos normalizados de instalación	3	Comparativa
Procedimientos garantía de calidad y protocolos de pruebas	3	Comparativa
Plan de seguridad y salud	2	Cumplimiento
Plan de gestión medioambiental	2	Cumplimiento
ALCANCE Y CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO OFERTADO	15	
Servicios de instalación y configuración	7	Comparativa
Características técnicas de materiales	2	Comparativa
Servicio de asistencia al cliente	2	Comparativa
Servicios de soporte	2	Comparativa
Documentación	2	Cumplimiento
EXPERIENCIA PROBADA	5	
Experiencia probada		Comparativa
PLAZO DE EJECUCIÓN	5	
Plazo de ejecución (máx. 40 días, mín. 15 días)		Fórmula

Por todo ello, concluye que *“NASERTIC no ha actuado de manera arbitraria, y por tanto, no ha vulnerado ninguno de los principios que recoge la normativa de contratación pública ni la decisión adolece de falta de objetividad. Concretamente, las diferentes ofertas han sido valoradas de acuerdo con lo establecido en los correspondientes pliegos de condiciones reguladoras jurídicas, económicas y técnicas que constituyen la ley del contrato. Asimismo, la lectura objetiva del informe de valoración técnica pone de manifiesto que se ha realizado una comparativa entre las diferentes ofertas y que, en modo alguno, se ha incurrido en falta de motivación o arbitrariedad”*.

Sobre la falta de solvencia de cuatro entidades denunciada por la reclamante, tras afirmar que las entidades ALTEL y SINKAL “*no han sido seleccionadas para la contratación del Acuerdo Marco, razón por la que no procede la admisión de la reclamación a efectos de valoración de la solvencia de las mismas*”, procede a analizar la solvencia técnica y profesional de las dos entidades seleccionadas, CYS e INABENSA, señalando lo siguiente:

Sobre la entidad CYS alega que no ha considerado los certificados anteriores a 2015 sino que se ha atendido al certificado de buena ejecución emitido por ERICSSON ESPAÑA, S.A. “*ejecutados en el año 2015, relativos a Instalación, Desinstalación y Mantenimiento de Radioenlaces, por un importe que asciende a la cantidad de 221.450€ (siendo el umbral mínimo exigido la cantidad de 200.000€). Esto es, con este contrato CYS acredita que cuenta con la solvencia técnica requerida*”. Y frente a la alegación de IPAR respecto a que los trabajos de mantenimiento no pueden ser considerados para la acreditación de la solvencia técnica, NASERTIC considera que los trabajos de mantenimiento conllevan el conocimiento y la experiencia para realizar los trabajos de instalación y desinstalación, razón por la cual se enmarca dentro de trabajos semejantes al objeto, debido a las similares características que ostentan los trabajos entre sí, ya que semejanza o similitud no es identidad. De este modo, el examen ha de dirigirse a determinar si debido a la semejanza de los trabajos realizados, CYS tiene capacidad técnica suficiente para ejecutar las prestaciones del presente contrato.

En virtud de ello, se considera que la aportación del certificado de buena ejecución emitida por ERICSSON, por su importe, y por los trabajos descritos, acredita correctamente la capacidad técnica de CYS para la prestación de los trabajos objeto del presente contrato.

En segundo lugar, sobre la alegación de la reclamante de falta de solvencia técnica y profesional de INABENSA, invocando la falta de relación de los trabajos acreditados con el objeto contractual (instalación y desinstalación de radioenlaces), se hace referencia a uno de los criterios adoptados para determinar cuándo tiene similar

naturaleza, y es atendiendo a la igualdad entre los dos primeros dígitos de los Códigos CPV, tal y como explica el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en su Acuerdo 38/2018, de 6 de junio. En este sentido, el código CPV determinado para la presente contratación es 51000000 (Servicios de Instalación) y es precisamente lo que han atendido a la hora de atender a la semejanza de la contratación. De hecho, la instalación es semejante en los radioenlaces de telefonía móvil que los del objeto del contrato actual. Esto es debido a que a pesar de que funcionen con diferentes frecuencias, la instalación y la configuración de las mismas son semejantes, lo que le lleva a entender que la entidad INABENSA cuenta con la experiencia y capacidad suficiente para ejecutar adecuadamente los trabajos de instalación y desinstalación objeto del contrato.

A mayor abundamiento añade que tal y como se observa en el certificado de buena ejecución de Vodafone, relativo al período del año 2015, el cual asciende a una cantidad de 535.476€, los trabajos realizados consistieron en “el diseño, suministro, instalación y puesta en marcha de los sistemas radiantes necesarios para la cobertura de telefonía móvil”, trabajos que conllevan la instalación de los radioenlaces. A ello suma los trabajos relacionados con ADIF, entre los cuales se encuentra la instalación de los radioenlaces, atendiendo a que a su vez en el año 2015 se realizaron trabajos de 212.412,04€ (importe referente a Telecomunicaciones e instalaciones radioeléctricas en este mismo año), trabajos que fueron contratados en virtud a su clasificación del contratista, I-7-E “Telecomunicaciones e Instalaciones Radioeléctricas”.

Es por dicha razón que, atendiendo a los trabajos realizados de tan gran envergadura, considerando que el objeto de dichos trabajos de instalación es de características semejantes al del presente contrato, y de acuerdo a los certificados de buena ejecución presentados, desde NASERTIC se aprecia la conformidad y admisibilidad de la solvencia técnica de la entidad INABENSA, razón por la que no se le solicitó desglose alguno.

En virtud de lo expuesto, y considerando que la exclusión de una entidad debe ser clara y excepcional, considera que tanto CYS como INABENSA acreditan una suficiente capacidad y solvencia requerida para poder ejecutar los trabajos objeto del

presente contrato, cumpliendo para ello con lo requerido en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen la contratación.

Subsidiariamente, NASERTIC recalca la correcta solvencia de SINKAL y ALTEL, solo analizable en el posible supuesto en el que el Tribunal aprecie falta de solvencia de GRUPO CYS o de INABENSA, y se atienda a la pretensión principal de IPAR (proceder a la adjudicación del contrato a los postores subsiguientes).

En concreto, dice, SINKAL acredita su solvencia técnica mediante una declaración responsable, debido a que ELECNOR no accede a firmarle los certificados de ejecución, siendo que ELECNOR es a su vez participante en la presente contratación. No considerando conforme con los principios de la contratación pública y de la Ley Foral que una pequeña y mediana empresa no pueda acceder a la contratación pública porque su principal cliente no quiere firmarle un certificado de buena ejecución, aceptó la declaración responsable, procediendo, en caso de que la misma fuese seleccionada a la solicitud de la acreditación de los certificados en cuestión.

En el caso de ALTEL, consideró que con los certificados de buena ejecución aportados, el cual se acompaña de una declaración responsable con la relación de los importes de los contratos en cuestión, demuestra capacidad y solvencia técnica y profesional suficiente para poder ejercer los trabajos objeto contractual, tal y como puede observarse en el expediente.

Por todo ello solicita que se acuerde la inadmisión de la reclamación presentada por IPAR por carecer de fundamento, al haber quedado acreditado el cumplimiento tanto de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos, como el contenido de los Pliegos reguladores de la contratación por parte de NASERTIC.

SEXTO.- Con fecha 21 de agosto de 2018 se abre el plazo para las alegaciones de otros interesados, no habiéndose formulado alegación alguna por parte estos.

SÉPTIMO.- Con fecha 23 de agosto de 2018 la reclamante presenta un escrito en el que señala lo siguiente:

“Que esta parte ha accedido parcialmente a la información del expediente de contratación aportada por NASERTIC en fecha 10/08/2018 de forma telemática, a través de consulta en la página web de Hacienda de Navarra, en sede del Portal de Contratación de Navarra, apartado de reclamaciones presentadas.

Que no ha sido posible el acceso a la documentación contenida en archivos formato pdf. que a continuación se cita (ni visualización ni descarga):

- Documento nº 19: Ofertas técnicas (sin información confidencial) aportado el 10/08/2018 a las 13:59:48 horas y denominado "19.6.-Oferta técnica M&E.pdf".*
- Documento nº 21: Ofertas económicas aportado el 10/08/2018 a las 14:11:52 horas y denominado "21.7.- Oferta económica M&E.pdf".*

Asimismo, se hace constar que no existe ningún documento aportado con el número 20, pasando del documento nº 19.7 al 21, por lo que, o bien falta un documento o la numeración de la documentación aportada no es correlativa.

Esta parte, en defensa de los intereses de la mercantil que representa, desea acceder a la totalidad de la documentación que conforma el expediente de contratación facilitada por NASERTIC.”

OCTAVO.- Nuevamente, con fecha 27 de agosto la reclamante presenta un escrito que denomina “alegaciones complementarias IPAR” en el que, tras señalar que se le ha notificado la apertura de un plazo de tres días hábiles para llevar a efecto alegaciones y proponer prueba; que en fecha 23 de agosto de 2.018, luego reiterada mediante escrito del día siguiente, solicitó la aportación del documento 20 (sobre nº 1 de los licitantes), ante la imposibilidad técnica de descargarlo; subsidiariamente, y de ser un problema de acceso informático en sus servicios telemáticos, que se posibilitara su consulta en las oficinas del Tribunal o del propio órgano de contratación, y que siendo el tercer día del plazo de alegaciones, y no habiéndose procedido a la aportación solicitada, parece conveniente realizar las alegaciones que resulten oportunas, sin perjuicio que una vez disponible dicha documentación se llevasen a efecto aclaraciones o alegaciones de carácter complementario, alega lo siguiente:

En primer lugar indica que por el órgano de contratación se propugna la inadmisión principal de la reclamación en relación a dos licitadores (SINKAL y ALTEL), al entender que la normativa aplicable, y en concreto el artículo 210.3 del DF 6/2016, exige que los motivos se refieran a los adjudicatarios, siendo así que en los licitadores no concurre dicha cualidad. No comparte esta opinión dado el artículo 210 LFCP señala que procede la reclamación en materia de contratación tanto frente a los actos de trámite o definitivos que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas. Es claro, por lo tanto, que la reclamación puede plantearse frente a actos de mero trámite, en los que, por definición, no se ha adoptado una resolución definitiva, y por lo tanto no existen adjudicatarios. El acto objeto de recurso es una propuesta de adjudicación, que no deja de ser un mero acto de trámite, sin necesidad de que sea cualificado, que como se ha visto es susceptible de reclamación en materia de contratación. A esto añade diversas alegaciones en relación con los motivos de impugnación ya recogidos en la reclamación.

OCTAVO.- El día 30 de agosto de 2018 NASERTIC presenta nuevo escrito de alegaciones en el que solicita que se inadmita el escrito presentado por la reclamante con fecha 27 de agosto, en primer lugar por presentarse fuera de los tres días hábiles previstos, y en segundo lugar, y fundamentalmente, por no estar dicho trámite previsto en el artículo 212 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio de Contratos Públicos, citando en apoyo de alegación nuestro Acuerdo 8/2014, de 10 de marzo.

NOVENO.- Finalmente, el 9 de septiembre la reclamante presenta nuevo escrito en defensa de la admisibilidad de las alegaciones antes citadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto de la reclamación especial interpuesta la propuesta de adjudicación del “*Acuerdo Marco para la ejecución de trabajos de instalación de radioenlaces*”, notificada por “Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A. (NASERTIC)”, cuyo Pliego de Cláusulas Administrativas fue aprobado con

anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP 2018).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la LFCP 2018, al procedimiento de adjudicación que nos ocupa resultan de aplicación, “ratione temporis”, en atención a la fecha de aprobación del PCAP, las disposiciones contenidas en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP 2006), siendo éste, en consecuencia, el marco legal aplicable a la resolución de la controversia suscitada a través de la acción ejercitada.

Por el contrario, de acuerdo con lo previsto por el artículo 124.7 LFCP 2018, en relación con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), que señala “a) *A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*”, sensu contrario, a este procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública deben serle de aplicación las disposiciones procedimentales de la LFCP 2018 hoy vigente.

SEGUNDO.- “Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A. (NASERTIC)” tiene reconocida la condición de ente instrumental de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra de 13 de abril de 2016, siendo, por tanto, una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a una Administración Pública sometida a la LFCP 2018. Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.e) de la LFCP 2018, las decisiones que adopten las sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de las entidades sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, cuando se cumplen los requisitos establecidos en la norma (que satisfagan fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y que la Administración pública tenga influencia dominante sobre ellas), como es el caso de NASERTIC, están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una empresa participante en la licitación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP 2018.

CUARTO.- 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 2018.

QUINTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP 2018.

SEXTO.- En cuanto al acto impugnado, debemos señalar que la propuesta de adjudicación notificada, y así mismo considerada por la reclamante al formular el objeto de la impugnación, debe ser considerada una adjudicación, en atención a los propios términos de la misma, en los que señala que tal acto se emite “*en cumplimiento del artículo 200.3 de la LFCP 2006*” (que regula la adjudicación de las entidades sujetas a la Ley, distintas de las administraciones públicas), así como en el ofrecimiento que en dicho acto se realiza de la reclamación especial establecida en al LFCP 2006.

Aclarado este extremo y en aplicación del artículo 115.2 de la LPACAP, conforme al cual “*El error o ausencia de la calificación del recurso por parte de recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*”, procede continuar esta tramitación atendiendo a la aclaración realizada.

SÉPTIMO.- A los efectos de centrar y concretar el ámbito de esta litis, debemos comenzar por declarar el carácter extemporáneo de las alegaciones complementarias presentadas por la reclamante, con fecha 27 de agosto de 2018, en tanto en cuanto, las citadas alegaciones han sido presentadas una vez transcurrido el plazo de 10 días previsto en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP 2018, sin que proceda, como ya ha señalado este Tribunal en el Acuerdo 8 /2014, de 10 de marzo, citado por la entidad recurrida, la aportación de nuevas alegaciones en el trámite de audiencia “*a las demás*

personas interesadas”, regulado en el artículo 126.5 de la LFCE 2018, que al parecer por error ha sido notificado también a la reclamante.

OCTAVO.- Respecto del fondo del asunto, el primer motivo de impugnación planteado es la lesión de los principios de transparencia y publicidad por haberse prohibido el acceso a una parte sustancial de la documentación técnica bajo el amparo de la alegación de confidencialidad por el resto de licitadores y ello sin que mediara justificación de los motivos de las exclusiones por parte de los licitadores, ni pronunciamiento alguno sobre tales exclusiones por el órgano de adjudicación.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado en numerosas ocasiones este Tribunal, así el reciente Acuerdo 94/2018, de 20 de septiembre de 2018, expone en los siguientes términos, la doctrina sobre la declaración de confidencialidad formulada por los adjudicatarios y las consecuencias que de ello derivan:

“Este Tribunal viene entendiendo de manera reiterada (por ejemplo en nuestros Acuerdos 41/2016, 38/2014, 50/2014) que en el conflicto entre el derecho a la confidencialidad y el principio de transparencia en su vertiente relativa al derecho de acceso a la información, se ha de buscar el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario. De este modo, debe existir una justificación suficiente del sacrificio realizado por cada licitador, el que solicita el acceso, y el que se opone al mismo; pues ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad.

En esta línea la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, señaló que la adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia, que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes; añadiendo que el conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de

que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso; y concluyendo que corresponde a la empresa licitadora declarar la confidencialidad, y que el órgano de contratación no está vinculado absolutamente por esta declaración sino que, antes al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los licitadores.

Así las cosas, dicho pronunciamiento debe estar suficientemente motivado, explicando las razones por las que, en su caso, se deniega el ejercicio de un derecho, en este caso, el de acceso a la información de las ofertas. Si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad ha de prevalecer el primero, ha de justificarlo y motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente la decisión en tal sentido adoptada.

Además, tal y como se ha señalado anteriormente, los principios de publicidad y transparencia propios de la contratación administrativa exigen que el acceso a los documentos que obran en el expediente sea la regla general, y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas la excepción. Motivo por el cual, el órgano de contratación que asume la restricción del principio de publicidad ha de poner especial cuidado y énfasis en aplicar la confidencialidad como excepción, y en justificar adecuadamente la limitación del acceso.

Por esta razón, este Tribunal ha declarado repetidamente, por ejemplo, en el Acuerdo 38/2014, de 14 de agosto, que esta obligación (y correlativo derecho del licitador) de confidencialidad no puede ser tan genérica que afecte a la totalidad de la oferta técnica, sino únicamente a aquellos aspectos de la misma que formen parte de la estrategia empresarial del licitador y, en particular, a los secretos técnicos o comerciales. Y ello es así porque este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe

darse a candidatos y licitadores, de forma que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil.”

En el caso concreto que nos ocupa, consta en el expediente que la entidad contratante, ante la petición de acceso a las ofertas técnicas, solicitó a las empresas licitadoras la declaración motivada de la parte de su oferta que, en su caso, designaran confidencial, limitando su actuación a requerir subsanación a las empresas que hubieran declarado confidencial la totalidad de su oferta, y, según señala en el escrito de alegaciones, admitiendo la declaración de totalidad de la empresa en el caso de SINKAL por razones de protección de datos de carácter personal y determinando en el caso de M&E, la parte que consideró igualmente afectada por la protección de datos de carácter personal y otra que consideró documentación interna.

A la vista de la doctrina citada no puede decirse que la actuación de la entidad contratante resulte suficiente y adecuada, ya que, tal actuación dista mucho de constituir el obligado pronunciamiento que, en un ejercicio de búsqueda del necesario equilibrio entre el principio de transparencia y la salvaguarda del de confidencialidad, motive y justifique adecuadamente el sacrificio de uno u otro, siempre desde la consideración de que la confidencialidad queda limitada a la *“estrategia empresarial del licitador y, en particular, a los secretos técnicos o comerciales.”*

En este punto interesa señalar que los datos de carácter personal no convierten en confidencial la parte de la oferta en que se encuentran, parte que tendrá tal consideración en función de su encaje o no, en las categorías descritas, con independencia de que los datos personales deban ser objeto de protección conforme a las normas que los regulan, de modo que deban omitirse u ocultarse cuando la información sobre la que se asientan no tenga carácter confidencial.

Por otra parte, no es admisible a efectos de justificar la insuficiente actuación del órgano del contratación respecto de las declaraciones de confidencialidad, como pretende en sus alegaciones la entidad contratante, el hecho de que conforme a la

doctrina que menciona, el acceso al expediente tenga carácter instrumental y resulte necesaria la justificación sobre los extremos para los que se solicita, y ello porque en la denegación del acceso a parte del expediente no ha habido consideración alguna respecto a dichos carácter y exigencia, que en todo caso, no eximen al órgano de contratación del previo pronunciamiento motivado al que, en relación con las declaraciones de confidencialidad de las empresas, nos hemos referido.

En estas circunstancias consideramos que la denegación de acceso a una parte importante de la documentación integrante del expediente, sin que medie un pronunciamiento expreso y debidamente motivado sobre las declaraciones de confidencialidad de las empresas, implica infracción de los principios de publicidad y transparencia, infracción que conlleva la retroacción de las actuaciones al momento de puesta de manifiesto del expediente, de modo que se dé vista en dicho trámite de la documentación no incurso en confidencialidad, con previa motivación y justificación de las causas determinantes del carácter confidencial de la documentación que por ello deba quedar excluida de la vista.

NOVENO.-El segundo de los motivos de impugnación: indebida admisión de las empresas GRUPO CYS, INABENSA, ALTEL y SINKAL, por carecer de la necesaria solvencia técnica o profesional, exige atender en primer lugar a la regulación que sobre la cuestión se contiene en el PCAP, cuyo apartado 8 establece:

“Para la ejecución del contrato deberá disponerse, asimismo, de la solvencia técnica o profesional adecuada para la correcta ejecución del mismo, por los siguientes medios:

- Relación de los principales contratos de INSTALACIÓN Y MANTENIMIENTO de radioenlaces realizados durante los tres últimos años (2015, 2016 y 2017) indicando la denominación del contrato que se trate, la fecha, importe y destinatario público o privado.

El contrato o, en su caso, los contratos deberán tener por objeto, radioenlaces de características iguales o semejantes al del presente contrato y el ofertante

acreditará esta solvencia, aportando las certificaciones de buena ejecución emitidas por entidades contratantes que acrediten los servicios prestados por el ofertante.

Se considerará que está acreditada la solvencia técnica o profesional si se ha ejecutado, al menos, en alguno de los tres últimos años, contratos por importe igual o superior a 200.000€ (IVA no incluido).

En este punto, conviene recordar, como hemos señalado en numerosos acuerdos, por todos, el Acuerdo 60/2017, de 3 de octubre, que el Pliego es la Ley del contrato y por ello vincula tanto a la Administración como a los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999, “*Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (Sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo ...*”).

Por otra parte, la LFCP, en sus artículos 58 y 61.1. c), establece como funciones de la Mesa de Contratación la admisión de los licitadores y la posterior apertura de la oferta, salvo la relativa al precio ofertado, que se hará en acto público.

Respecto de este acto de admisión, en lo que respecta a la apreciación de la solvencia técnica presentada por los licitadores, este tribunal ha manifestado en anteriores acuerdos, por todos, el Acuerdo 53/2015, de 6 de octubre, que “*la mesa de contratación actúa en ejercicio de la potestad discrecional en la aplicación de criterios de marcado carácter técnico*”

Respecto de esta potestad este Tribunal también ha señalado en Acuerdos previos que, “*quedan excluidas del ámbito de control jurisdiccional las cuestiones de índole puramente técnica, que solo pueden ser resueltas por órganos especializados, respecto de los que se presume una actuación razonable, basada en la especialización y en la imparcialidad que les proporciona la ausencia de intereses particulares,*

quedando limitado dicho control a la concurrencia de error manifiesto, arbitrariedad o irracionalidad. Así ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal central de recursos contractuales en numerosos acuerdos, por todos el Acuerdo 8/2014, de 10 de marzo, que establece: “La Mesa de Contratación, como órgano colegiado ajeno a intereses particulares, debe garantizar el correcto desarrollo del procedimiento de licitación teniendo como objetivo que la propuesta de adjudicación que realice al órgano de contratación sea la más beneficiosa para el interés público al que responde el contrato y, para ello, las mesas de contratación actúan con objetividad e independencia del órgano que las ha nombrado y valoran las diferentes ofertas de acuerdo con lo establecido en los correspondientes pliegos, concretando dichas valoraciones en aplicación de la discrecionalidad técnica de la que gozan.

En este punto es preciso traer a colación la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores, sobre la que el Tribunal Constitucional en Sentencias 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo, sostiene que “la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina ha realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”. Añadiendo que “Como se desprende de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional (por todas, STC 86/2004, de 10 de mayo), lo que no pueden hacer los

tribunales de justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores”. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara que “la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.

En definitiva, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 41/2016, de 26 de julio, “no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la licitación, y menos aún sustituirse por la opinión técnica formulada por una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación...Consecuencia de lo dicho es que en este caso únicamente corresponde al Tribunal comprobar que no ha habido arbitrariedad, ni un error patente, ni irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración técnica y que esta valoración se encuentra suficientemente motivada en el expediente”. (Acuerdo 87/2108 de 23 de agosto)

Desde esta perspectiva y a la vista del Pliego Técnico, cuyo objeto está referido a telecomunicaciones, según figura en el punto 1 del Pliego de Prescripciones técnicas,:
“Para la realización de las tareas descritas se partirá en la mayoría de los casos de

infraestructuras de telecomunicaciones ya existentes en Centros de Telecomunicaciones de la red gestionada por NASERTIC”, se consideran adecuados, razonables y exentos de arbitrariedad los razonamientos dados por la entidad contratante respecto a la apreciación de los términos discutidos por la reclamante, (*“Instalación y mantenimiento de radioenlaces de características iguales o semejantes”*), sin que nos sea dado, conforme a la doctrina expuesta, corregir o sustituir en modo alguno, dicho criterio técnico.

Así, se encuentra adecuada la decisión de la mesa relativa a la admisión de las empresas CYS, e INABENSA. Además la comprobación del certificado, señalado en las alegaciones de la entidad contratante, emitido por ERICSSON ESPAÑA, S.A. para CYS, respecto de los trabajos *“ejecutados en el año 2015, relativos a Instalación, Desinstalación y Mantenimiento de Radioenlaces, por un importe que asciende a la cantidad de 221.450€”*, hace innecesarias otras consideraciones respecto de esta empresa.

Sin embargo, no asiste la razón a NASERTIC, cuando manifiesta que no puede recurrirse la decisión sobre la solvencia de las empresas SINKAL y ALTEL, por no tratarse de empresas adjudicatarias siendo que tal condición es exigible para el cuestionamiento de la solvencia, conforme al artículo 210.3 LFCP 2006, pues tanto conforme a dicha Ley Foral (210.1), como conforme al artículo 122.2 de la LFCP 2018, aplicable a esta reclamación, *“ratione temporae”*, según se ha expuesto en los antecedentes, son impugnables los actos definitivos o de trámite que perjudiquen las expectativas de los licitadores, siendo este el caso, pues de prosperar la parte de los motivos de esta reclamación relativos a las empresas CYS E INABENSA, las empresas SINKAL Y ALTEL podrían pasar a tener la condición de adjudicatarias, según se desprende del cuadro de puntuaciones contenido en la propuesta de adjudicación.

Pues bien, en el caso de la empresa ALTEL, no se considera adecuada ni suficiente la motivación realizada por la entidad contratante que de una parte, no se ha pronunciado sobre los certificados de clasificación aportados y por otra admite como

medio de acreditación una declaración de la propia empresa sobre los importes exigidos, en lugar de que éstos consten certificados como exige el PCAP.

Tampoco resulta admisible la decisión de dar por acreditada la solvencia técnica de la empresa SINKAL, mediante declaración responsable de ésta con el argumento de que la empresa ELECNOR, también licitadora en el procedimiento, no le proporciona los correspondientes certificados, y ello porque esta decisión resulta ser exorbitante, en tanto, en cuanto la entidad contratante, vinculada a la Ley del contrato, carece de facultad para tener por acreditada la solvencia técnica, cuando esta acreditación no se ha realizado en los términos expresados en el PCAP, y sin que le esté dado suplir la actuación de los órganos o entidades que tuvieran el cometido de la defensa de la competencia.

En consecuencia, la entidad contratante ha vulnerado las normas que rigen el acto de admisión en cuanto a la apreciación de la solvencia técnica de las empresas ALTEL y SINKAL, y el propio PCAP, por lo que debe procederse a la retroacción de las actuaciones al trámite de admisión de los licitadores, motivando adecuadamente la decisión que se adopte tras el pronunciamiento sobre la totalidad de la documentación aportada por la empresa ALTEL, incluido el certificado de Clasificación aportado por dicha empresa, y con exclusión de la empresa SINKAL por falta de acreditación de la solvencia exigida por el PCAP.

DÉCIMO.- En el tercero de los motivos de impugnación se señala Infracción de del artículo 91.5 de la LFCP por ausencia de motivación de la propuesta de adjudicación objeto de la reclamación.

Sobre esta cuestión el Acuerdo 98/ 2018 de 2 de octubre de este Tribunal señala:

“En este sentido, el FJ 5º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2014 señala que “Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares

critérios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirantes, a la concreta puntuación y calificación aplicada”.

El Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 que con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE". Así pues, el acto de adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer la reclamación en forma suficientemente fundada, pues de lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar una reclamación eficaz y útil, generándole indefensión.

Al hilo de lo anterior, sobre la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser válidamente efectuada, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 apunta que "(...) ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de estos criterios conduce al resultado individualizado que otorga preferencia a un candidato frente a los demás (...).

Así, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 23/2015, de 27 de marzo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la

arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que les permitan, en su caso, impugnar la adjudicación. No obstante, aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo de adjudicación, se daría cumplimiento a la exigencia de los artículos 54.2 de la LRJPAC y 92.5 de la LFCP, siempre que la misma apareciera suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con la motivación de los actos administrativos, dispone en su artículo 35.2 que “La motivación de los actos que pongan fin de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Por su parte, el artículo 92.5 LFCP 2006 establece, en su primer párrafo 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”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la notificación de la resolución de adjudicación, tras señalar las empresas que han resultado adjudicatarias de resultados del procedimiento del acuerdo marco citado, por haber resultado sus ofertas las más ventajosas, y hacer referencia al plazo de suspensión y a los artículos que regulan la reclamación especial, indica que se adjunta informe técnico con las puntuaciones obtenidas por las empresas, por lo que cumple examinar el citado informe técnico a los efectos de valorar si mediante el mismo puede entenderse cumplida la exigencia de motivación, a falta de ella en el acto de adjudicación.

A la vista del informe encontramos que, aunque en algún caso, como en el apartado “Capacidad de respuesta”, en que se señala que se otorgará la mayor

puntuación al licitador que presente mayor número de personas encargadas de ejecutar contratos similares, o en el del “Plazo de ejecución”, en que el criterio de valoración es matemático, con carácter general, no se determinan a priori los aspectos concretos que serán objeto de valoración, ni cómo será distribuida la puntuación entre dichos aspectos concretos.

A partir de esta ausencia, en el informe se contienen breves comentarios de carácter genérico, entre los que puede apreciarse cierta similitud, al estar referidos al grado de detalle de la documentación aportada y en los que nada se dice sobre las características concretas de las ofertas, de tal modo que no puede saberse, más allá de cómo se han cumplimentado los diferentes apartados de documentación exigidos en el apartado “sobre n°2 Documentación técnica”, cuáles han sido las características de las ofertas de las empresas adjudicatarias que las hecho acreedoras de tal condición.

Así pues, consideramos que, la Resolución de Adjudicación adolece de falta de motivación, infringiendo con ello el artículo 92.5 LFCP 2006, por lo que, en principio, deberían retrotraerse la actuaciones al momento anterior a la emisión de la misma, si bien, dado que por haberse estimado también el motivo de impugnación relativo al acto de admisión, con la consecuencia de retroacción de las actuaciones a dicho momento, así como el motivo sobre denegación de acceso a una parte sustancial del expediente, con la misma consecuencia, procede retrotraer el expediente al primero de dichos momentos, para una vez subsanados los defectos de éste, continuar el expediente subsanando igualmente los defectos de los actos de, motivación de la Resolución de adjudicación y vista del expediente, de modo que, en este último se dé vista de la documentación no incurso en confidencialidad, previo pronunciamiento del órgano de contratación sobre las declaraciones realizadas por los licitadores.

Todo ello conservando, conforme a lo dispuesto en el art. 51 LPACAP, aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido las señaladas infracciones.

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 formulada por doña G. M. M., en representación de “IPAR TELECOMUNICACIONES, S.L.”, frente a adjudicación del “*Acuerdo Marco para la ejecución de trabajos de instalación de radioenlaces*”, notificada por “Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A. (NASERTIC)”, anulando el acto de admisión de los licitadores y la resolución de adjudicación, y ordenando la retroacción de actuaciones al primero de ellos, de modo que se subsanen los errores del mismo y los señalados respecto de la resolución de adjudicación, y la vista del expediente.

2º. Notificar este Acuerdo a “IPAR TELECOMUNICACIONES, S.L.”, a “Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A. (NASERTIC)” y a cuantos figuren como interesados en el procedimiento y ordenar su publicación en la web 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, 17 de octubre de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.