



**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: 69/2018

ACUERDO 108/2018, de 22 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don E. M. M., en representación de “ZAMATEL OBRAS Y SERVICIOS GENERALES, S.L.U.”, frente a la exclusión de su oferta en la licitación del acuerdo marco “Ejecución de proyectos de despliegue de fibra óptica en redes de acceso”, promovida por “Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A. (NASERTIC)”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de agosto 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 “Ejecución de proyectos de despliegue de fibra óptica en redes de acceso”.

En la citada licitación formuló proposición la mercantil “ZAMATEL OBRAS Y SERVICIOS GENERALES, S.L.U.” (en adelante ZAMATEL).

SEGUNDO.- El día 28 de agosto de 2018 se reúne la Mesa de Contratación designada para intervenir en el procedimiento y en el acta levantada al efecto se recoge lo siguiente:

“La empresa ZAMATEL, incluye en el sobre nº 1 “Documentación General” en soporte digital, mediante USB, información que corresponde incluir en el sobre nº 3 “Propuesta criterios cuantificables mediante fórmulas”. Se recuerda de esta forma que, tal y como prevé la cláusula 12º de las Condiciones reguladoras que han de regir la contratación “Quedarán automáticamente excluidos del procedimiento aquellas propuestas que incluyan en el sobre nº 1 y/o nº 2 documentación que, de acuerdo con lo

establecido en las presentes Condiciones Regulatoras, corresponda incluir en el sobre n° 3”.

Por lo expuesto, la Mesa acuerda *“excluir la propuesta presentada por la entidad ZAMATEL en base a lo dispuesto en la cláusula 12° de las Condiciones Regulatoras y artículo 97 de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos”*. La exclusión de la licitación es notificada a ZAMATEL el día 28 de agosto de 2018.

TERCERO.- El día 31 de agosto de 2018 don E. M. M., en representación de ZAMATEL, interpone reclamación especial en materia de contratación frente a la citada exclusión, en la que expone, en síntesis, lo siguiente:

Habiendo conocido la publicación del anuncio de licitación del acuerdo marco *“Ejecución de proyectos de despliegue de fibra óptica en redes de acceso”*, promovida por NASERTIC, se dirigió a la citada entidad para resolver las dudas que tenía en relación con la presentación de la documentación. El personal de NASERTIC le remitió al anuncio de licitación, más concretamente al documento *“Condiciones Regulatoras AM instaladores de FO.pdf”* que estaba incluido en él, documento en el que se establecía el método de presentación y se decía que se tenían que presentar tres sobres incluidos dentro de otro sobre, todo firmado y sellado por la empresa. El día 23 de agosto volvieron a llamar a NASERTIC a fin de resolver una duda respecto a la presentación de la oferta en formato digital, porque en la página 13 del condicionado se establecía que *“La documentación técnica deberá presentarse obligatoriamente en formato papel y en soporte digital”*. Según indica, *“nos respondió que incluyéramos en dicho soporte magnético la documentación que teníamos que presentar, lo hicimos como en el soporte de papel e incluimos 3 carpetas dentro del USB, cada una de ellas renombrada con SOBRE 1, SOBRE 2 y SOBRE 3, para que estuvieran compartimentadas como la documentación en papel, nos dijo que de esa forma estaba correcto y procedimos a realizarlo tal y como se nos indicó, dicho USB lo dejamos con un cello fuera del sobre 1 para que no se perdiera”*.

Una vez notificada su exclusión, continúa, *“Nuestra sorpresa ha sido mayúscula, porque creemos firmemente que la presentación en ningún momento ha vulnerado la cláusula 12 de las condiciones reguladoras, dado que en todo momento hemos seguido los procedimientos que ha marcado NASERTIC y hemos consultado por 2 veces con el personal encargado de la recogida de la documentación, además, el USB venía compartimentado en 3 archivos perfectamente identificado como SOBRE 1, SOBRE 2, SOBRE 3, así que en ningún momento la documentación digital ha podido mezclarse ni incluirse en otros sobres que no fueran los presentados correctamente en forma y tiempo.”*

Por lo expuesto solicita se le permita seguir optando a la licitación.

CUARTO.- NASERTIC aporta el expediente el día 20 de septiembre de 2018 y formula sus alegaciones a la reclamación que, en síntesis, son las siguientes:

En primer lugar señala que *“todo licitador que concurre al concurso queda sometido sin condicionamiento alguno al contenido del mismo”* y cita jurisprudencia al respecto. A ello añade que es el Pliego de Condiciones Reguladoras quien regula la forma de presentación de proposiciones (cláusula 12ª) y claramente establece que los sobres deberán ir cerrados y correctamente identificados y que *“quedarán automáticamente excluidos del procedimiento aquellas propuestas que incluyan en el sobre nº 1 y/o nº 2 documentación que, de acuerdo con lo establecido en las presentes Condiciones Reguladoras, corresponda incluir en el sobre nº 3”*.

También señala que la cláusula 13ª especifica cuál es el contenido concreto que debe integrar cada uno de los sobres y en el apartado correspondiente al contenido del sobre nº 2, en el último párrafo y resaltado en negrita, se indica que *“la documentación técnica deberá presentarse obligatoriamente en formato papel y en soporte digital”* por lo que es claro que lo que se precisa en soporte digital es la documentación técnica que integra el sobre nº 2.

A continuación trae a colación el artículo 97 de la LFCP, en virtud del cual *“Cuando la oferta contenga criterios cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas”*, y diversa doctrina justificativa de la necesidad de mantener el secreto de las ofertas económicas en tanto sean objeto de valoración las ofertas técnicas.

Finalmente afirma que la Mesa de Contratación consideró evidente la falta de diligencia a la hora de la presentación de la oferta y, en virtud de la doctrina señalada y del contenido del Pliego de condiciones Regulatoras, consideró adecuada la exclusión.

Por todo ello solicita que se acuerde la inadmisión de la reclamación por carecer de fundamento.

QUINTO.- Con fecha 20 de septiembre de 2018 se abre el plazo para las alegaciones de otros interesados, no habiéndose formulado alegación alguna por parte de estos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- “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 Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP). Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.e) de la LFCP, 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.

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

TERCERO.- 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.

CUARTO.- 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.

QUINTO.- La cuestión de fondo que se plantea en esta reclamación es dilucidar si la exclusión de la reclamante, como consecuencia de haber incluido la oferta económica en el soporte digital (USB) junto con el resto de su oferta, se encuentra o no justificada.

Al respecto, la reclamante alega que su actuación se debe a las indicaciones recibidas telefónicamente por personal de la propia NASERTIC. Por su parte NASERTIC, se remite a lo previsto en las cláusulas 12ª y 13ª del pliego y a lo dispuesto en el artículo 97 de la LFCP, citando además doctrina que confirma su actuación.

Expuestos los diferentes planteamientos y antes de entrar en el análisis de la presente reclamación, hemos de tener en cuenta que el artículo 53 LFCP establece que *“1. Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna.*

2. Las proposiciones serán secretas hasta el momento de su apertura, sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.(...)”.

Por su parte, el artículo 97 del mismo cuerpo legal, al regular la valoración de las ofertas y apertura pública, establece que *“Cuando la oferta contenga criterios*

cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas.

La evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas se realizará en acto interno, pudiendo desecharse las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato.

Deberá quedar constancia documental de todo ello.(...) Efectuada esta valoración, o examinada la admisión de ofertas, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra con al menos tres días de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura pública de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas. Antes de proceder a la apertura de esta parte de la oferta, que debe permanecer secreta hasta ese momento, se comunicará a las personas presentes la valoración obtenida en el resto de criterios”.

Al respecto, decíamos en nuestro reciente Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre, que “la pretensión de la regulación contenida en los preceptos transcritos es garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se realiza mediante la aplicación de fórmulas – o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas.

La voluntad del legislador se fundamenta en el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación que se le asignaría en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Los requisitos antes señalados se establecen y consideran, no como discrecionales, sino de obligado cumplimiento, debiéndose diferenciar, incluso documentalmente y siguiendo un orden de prelación, la valoración de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, de aquellos cuya

cuantificación depende de un juicio de valor; de forma que la exigencia de respetar estrictamente la distribución de la documentación relativa a cada criterio de valoración en su respectivo sobre, no es discrecional ni optativa. Requisitos que, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2014, van dirigidos a salvaguardar la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas de objetividad, por demandarlo así el artículo 103 CE y el postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE)

(....)

El régimen que resulta de los preceptos de la LFCP antes transcritos promueve el secreto de las proposiciones como medio para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores, haciéndose especial hincapié en que se ha de evitar que la valoración de aquellos aspectos no sujetos a fórmulas matemáticas se vea influenciada por el resultado de la valoración de aquellos otros aspectos para los que se emplean esas fórmulas.

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en las mismas condiciones tanto en el momento de presentar sus ofertas como en el momento de ser valoradas éstas por la entidad contratante. Principio que, obviamente, quiebra cuando a la hora de valorar la oferta se puede tener conocimiento de aquellos otros aspectos cuya valoración depende de la aplicación de determinadas formulas y por ello, con independencia del resultado final, es claro que la objetividad que debe tenerse para valorar los criterios no sujetos a fórmulas matemáticas se ve comprometida al incluir determinada documentación que ha de ir en el sobre relativo a los criterios que deben valorarse conforme a tales formulas (.....)

Así se expresa la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, cuando razona que: "Distinta consideración merece, sin embargo, la alegación que excluye la vulneración del carácter secreto de las proposiciones, derivada del error en la documentación contenida en cada sobre; esta cualidad responde al principio general de igualdad de trato entre los candidatos (art. 1 de la Ley de Contratos del Sector Público en su versión aplicable 'ratione temporis') y tiene su expresión concreta en el

art. 129.2 LCSP, previendo la propia ley los medios para garantizar esa reserva; así el art. 144.1., que trata de la inclusión de las proposiciones en sobres distintos o el 134.2. que establece el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas para evitar, como bien dice la resolución impugnada, que el conocimiento de la oferta económica pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, como también se deduce de los arts. 26 a 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la LCSP. Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores."

Pues bien, la reclamante no discute en ningún momento la inclusión de la oferta económica en el soporte digital junto al resto de su oferta, lo reconoce abiertamente, si bien tras la exclusión, lo justifica aduciendo que siguió las indicaciones recibidas telefónicamente desde el órgano de contratación, sin embargo, nada aporta al respecto y por tanto no queda probado que la información recibida fuera incorrecta.

De igual modo, tampoco consta en el expediente petición alguna de información ni de respuesta por parte de la entidad adjudicadora y que el licitador podría haber solicitado formalmente conforme prevé el art. 49 de la LFCP o como explícitamente indicaba el propio pliego en su cláusula 12: *"Los interesados podrán solicitar al email administracion@nasertic.es por escrito las aclaraciones sobre el contenido del contrato que estimen pertinentes que, siempre que se hayan solicitado con una antelación mínima de tres días naturales a la fecha límite de presentación de ofertas. Las respuestas serán publicadas en el Portal de Contratación de Navarra."*

A ello debemos añadir que frente a la actuación del reclamante los pliegos son precisos respecto a la forma de presentación de la oferta, así la citada cláusula establece lo siguiente:

“Forma de presentación de la oferta.

Las propuestas de los licitadores se presentarán en tres sobres cerrados y firmados por la empresa licitadora, debiendo ser introducidos dentro de un sobre general.

En cada uno de los sobres, en su cara exterior, se hará indicación de los siguientes datos:

- Denominación de la empresa licitadora*
- NIF*
- Nombre y apellidos del representante*
- Firma*

Los sobres cerrados deberán estar claramente identificados como:

*- **SOBRE N° 1.- DOCUMENTACIÓN GENERAL** relativa al Acuerdo Marco que va a regir la contratación para la ejecución de proyectos de despliegue de fibra óptica en redes de acceso.*

*- **SOBRE N° 2.- PROPUESTA DE CRITERIOS CUALITATIVOS** relativa al Acuerdo Marco que va a regir la contratación para la ejecución de proyectos de despliegue de fibra óptica en redes de acceso.*

*- **SOBRE N° 3.- PROPUESTA DE CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE FÓRMULAS** relativa al Acuerdo Marco que va a regir la contratación para la ejecución de proyectos de despliegue de fibra óptica en redes de acceso.*

Quedarán automáticamente excluidos del procedimiento aquellas propuestas que incluyan en el sobre n° 1 y/o n°2 documentación que, de acuerdo con lo establecido en las presentes Condiciones Regulatorias, corresponda incluir en el sobre n° 3.”

Por su parte, la cláusula 13ª especifica, respecto al concreto contenido del sobre nº 2, lo que sigue:

“SOBRE N° 2: PROPUESTA CRITERIOS CUALITATIVOS

En este sobre se adjuntará toda la documentación de índole técnica que aporte el licitador a efectos de la valoración y puntuación de los criterios cualitativos recogidos en la cláusula 14 debiendo realizarse un desarrollo explicativo de todas las prestaciones que sean precisas realizar para la adecuada ejecución del contrato, según el orden establecido en dichos criterios.

La inclusión de cualquier dato propio de valoración correspondiente a criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas objetivas determinará la inadmisión o exclusión de la proposición, salvo lo previsto para las propuestas de mejora previstas en la cláusula 14 del presente pliego.

Los licitadores deberán entregar los siguientes documentos para la valoración de sus propuestas:

1. Memoria técnica descriptiva de la solución propuesta en formato papel y digital.

Contendrá los siguientes capítulos:

- Propuesta organizativa*
- Programa de ejecución*
- Pruebas de calidad y documentación*
- Propuestas de mejora*

Nota. Se aceptará la entrega de documentación adicional siempre y cuando resulte necesaria para verificar el cumplimiento de los requerimientos descritos en este pliego.

Aquellas ofertas que no presenten todos y cada uno de los entregables identificados en el presente apartado, serán objeto de exclusión del procedimiento de licitación.

La documentación técnica deberá presentarse obligatoriamente en formato papel y en soporte digital.”

Por tanto, ninguna duda cabe de que el pliego únicamente requería en soporte digital la documentación técnica que integra el sobre nº 2, además, como se aduce por el órgano de contratación, incluso por su importancia, se resalta en negrita tal circunstancia, como ha quedado de manifiesto.

Respecto a las consecuencias que conlleva la actuación del licitador al incluir toda la oferta en el USB sin garantizar el secreto de las proposiciones, debemos acudir a lo previsto al efecto en el pliego y en la normativa reguladora. Así el pliego prevé que *“Quedarán automáticamente excluidos del procedimiento aquellas propuestas que incluyan en el sobre nº 1 y/o nº2 documentación que, de acuerdo con lo establecido en las presentes Condiciones Reguladoras, corresponda incluir en el sobre nº 3.”* *“La inclusión de cualquier dato propio de valoración correspondiente a criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas objetivas determinará la inadmisión o exclusión de la proposición, salvo lo previsto para las propuestas de mejora previstas en la cláusula 14 del presente pliego”*. Por su parte la propia LFCP prevé en su artículo 97 el modo en que se debe realizar la valoración de las ofertas y su apertura pública determinando que cuando la oferta contenga criterios cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas. Y mientras que la evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas se realiza en acto interno, una vez efectuada la valoración, o examinada la admisión de ofertas, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra con al menos tres días de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura pública de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas, precisando que *“antes de proceder a la apertura de esta parte de la oferta, que debe permanecer secreta hasta ese momento, se comunicará a las personas presentes la valoración obtenida en el resto de criterios”*.

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa la decisión de incluir en el USB la información contenida en los tres sobres, incluido el económico, conlleva necesariamente la exclusión del procedimiento de licitación como ha determinado el órgano de contratación, puesto que tal como hemos expuesto, la exigencia de respetar estrictamente la distribución de la documentación relativa a cada criterio de valoración en su respectivo sobre, no es discrecional ni optativa, sino de obligado cumplimiento en

aras de salvaguardar la debida objetividad a la que contribuye necesariamente el secreto de las proposiciones como medio para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores (Artículos 14 y 103 de la CE).

En este orden de cosas queda justificada la decisión de excluir al licitador porque de este modo lo prevé el pliego, que constituye ley del contrato y por tanto vinculante, tanto para la entidad contratante que los ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido y la imposibilidad de apartarse de ellos y por tanto la Mesa actuó conforme establece el pliego y la ley foral reguladora. Igualmente, en la cláusula 12 del Pliego se contempla que *“la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional por el licitador del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones previstas en los pliegos que rigen el contrato, sin salvedad o reserva alguna.”*

Pero además, debemos advertir, que la exclusión deviene necesaria, siendo la única opción posible para el cumplimiento de los principios de la contratación pública toda vez que con la inclusión de la totalidad de la oferta en el USB haría imposible la normal continuación del procedimiento de contratación, puesto que con la falta de diligencia del licitador resulta inviable aceptar su oferta sin vulnerar el principio de secreto y por tanto el principio de igualdad de trato entre los licitadores, motivo por el que procede la desestimación de la reclamación interpuesta.

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. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don E. M. M., en representación de “ZAMATEL OBRAS Y SERVICIOS GENERALES, S.L.U.”, frente a la exclusión de su oferta en la licitación

del acuerdo marco “Ejecución de proyectos de despliegue de fibra óptica en redes de acceso”, promovida por “Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A. (NASERTIC)”.

2º. Notificar este Acuerdo a “ZAMATEL OBRAS Y SERVICIOS GENERALES, S.L.U.”, 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, 22 de octubre de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.