



Expte.: R-43/2015

ACUERDO 35/2015, de 17 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por doña M.C.A.L., en representación de “HAURTXOA, S.L.L.”, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de asistencia para la prestación del servicio de Primer Ciclo de Educación Infantil 0-3 años en las Escuelas de “Ugarrandía” y “Pérez Goyena”, promovida por el Ayuntamiento de Huarte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de mayo de 2015 fue publicado en el Portal de Contratación de Navarra anuncio del Ayuntamiento de Huarte por el cual se convocaba la licitación del contrato de asistencia para la prestación del servicio de Primer Ciclo de Educación Infantil 0-3 años en las Escuelas de “Ugarrandía” y “Pérez Goyena”.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de mayo de 2015, doña M.C.A.L., en representación de “HAURTXOA, S.L.L.”, presenta reclamación en materia de contratación pública contra los PCAP que rigen la licitación, al entender que tanto la Cláusula 8.1 “Proposición Técnica” como la Cláusula 29 “Régimen Jurídico y Prerrogativas del Ayuntamiento” no son conformes a derecho.

Fundamenta su reclamación en las siguientes alegaciones, que a continuación se exponen:

A) Se impugna el pliego de cláusulas administrativas particulares por considerar, en primer término, que la Cláusula 8.1 “Proposición Técnica” en su apartado D) “Oferta

Económica” supone una infracción del artículo 51 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), ya que este precepto exige que un mínimo del 50 por ciento de la puntuación a otorgar se corresponda a criterios que puedan valorarse mediante formulas frente a criterios subjetivos.

Entiende la reclamante que dicha prevención no se cumple por la Cláusula, ya que aunque aparentemente sea así, una *“lectura detallada de la Cláusula Octava evidencia que el Ayuntamiento de Huarte se ha reservado la adjudicación del contrato en base a criterios prácticamente en exclusiva subjetivos, vulnerando los principios de concurrencia, transparencia y objetividad en la adjudicación”*, fundamentando tal afirmación en que *“la formula que se emplea hace que el abanico real de puntuación que pueden obtener los licitadores por la oferta económica resulte prácticamente insignificante, de tal forma que, lejos de responder a la voluntad del legislador.....en el presente caso la discrecionalidad del órgano de contratación resulta determinante.”*

B) Asimismo, también entiende la reclamante que la Cláusula 29 *“Régimen Jurídico y Prerrogativas del Ayuntamiento”* viene a establecer *“una condición resolutoria de la contratación en función del fallo del recurso contencioso administrativo contra el anterior Acuerdo 43/2014, de 6 de octubre de este Tribunal”* ya que dispone que *“la adjudicación que se derive de este pliego de condiciones estará vigente mientras el Tribunal Contencioso Administrativo de Navarra resuelva el recurso interpuesto contra la adjudicación de la gestión de este servicio y siempre que dicha resolución falle en contra de este Ayuntamiento de Huarte. En caso contrario, si la sentencia dictada falla a favor del Ayuntamiento de Huarte, tendrá validez el pliego de condiciones y la adjudicación del expediente administrativo CONTRABIERTO/ 2014/1”*.

CUARTO.- En el escrito de reclamación, fue solicitada, asimismo, la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, que fue desestimada mediante Acuerdo 30/2015, de 19 de mayo, de este Tribunal.

QUINTO.- Con fecha 22 de mayo de 2015, el Ayuntamiento de Huarte aportó el expediente administrativo, incorporando al mismo escrito de alegaciones.

En dicho escrito de alegaciones se opone a la reclamación presentada, señalando respecto de las presuntas infracciones en las que se basa, en síntesis, lo siguiente:

A) En primer término, se opone al primer motivo de la reclamación al entender que la Cláusula Octava del Pliego no infringe en modo alguno el artículo 51 de la LFCP.

Señala el Ayuntamiento demandado que *“suponiendo la suma de dichos criterios, 50 puntos sobre un total de 100 de los criterios de adjudicación y, además, obteniéndose su resultado mediante formula (proporcional e inversamente proporcional, respectivamente) puede afirmarse que los mismos cumplen y respetan el precepto 51.1.b LFCP: criterios valorables mediante formula que suponen el 50% de la puntuación total.”*

Profundizando en su alegación, indica la entidad reclamada que el hecho de que la aplicación practica de dichos criterios mediante formula (en concreto del relativo a la oferta económica) puedan suponer diferencias de puntuación no elevadas, no tiene como consecuencia que *“exista incumplimiento de hecho de la norma o, mucho menos, un animo oscuro por el Ayuntamiento o fraude en la fijación de dicho criterio objetivo. La formula del criterio económico utilizada (inversamente proporcional) tiene su justificación y cobertura, habiendo sido avalada por pronunciamientos de tribunales, además de respetar por completo los principios esenciales de aplicación a los criterios de adjudicación, en concreto oferta económica: que se puntúe con la máxima valoración a la mejor oferta y que se respeten, en todo caso, los principios de igualdad, transparencia y publicidad.”*

Apoya esta postura el Ayuntamiento de Huarte en que la valoración de la oferta inversamente proporcional, así como que la valoración de la oferta económica depare diferencias no elevadas, está admitido por la normativa en materia de contratación y por

pronunciamientos de los órganos judiciales o tribunales de contratación, remitiéndose, por ejemplo, a los pronunciamientos a este respecto del Tribunal Administrativo Central de recursos Contractuales en su Resolución de 5 de marzo de 2013.

Asimismo, entiende que la formula propuesta cumple los parámetros esenciales que deben cumplir los criterios de adjudicación: *“otorgar mayor puntuación a la oferta más ventajosa que a la menor y ajustarse a los principios de igualdad y transparencia”*.

Y por ultimo, a este respecto señala que *“los restantes criterios de adjudicación contemplados en el pliego que se impugna no son arbitrarios ni excepcionales ni subjetivos de este Ayuntamiento sino que, todo lo contrario, son criterios generalizados y amparados en el interés publico para determinar la oferta más ventajosa.”*; señalando asimismo que los criterios se ajustan a lo expresamente recomendado por el Gobierno de Navarra para la prestación de este tipo de servicios, utilizados por numerosos Ayuntamientos en las licitaciones de los mismos servicios.

B) En segundo lugar, se impugna la Cláusula 29 del Pliego, considerando el Ayuntamiento que esta Cláusula lo único que hace es *“informar de que existe un procedimiento judicial con respecto al procedimiento de contratación anterior y advierte de que en caso que exista sentencia estimatoria, la misma tendría efectos sobre el nuevo contrato, pudiendo tener que finalizar el mismo. De dicha información no puede extraerse ninguna infracción legal”*.

En consecuencia, la entidad contratante solicita la desestimación de la reclamación presentada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Huarte, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la LFCP, las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones

de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- Al tratarse de una reclamación frente a la licitación de un contrato público, la legitimación debe ser entendida de forma amplia, en el sentido contenido en el artículo 31 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, y dado que el objeto social de la entidad reclamante coincide con el objeto del contrato, se entiende que goza de la condición de interesado en el expediente y, por ello, ostenta la legitimación necesaria para la interposición de la reclamación.

Igualmente, la representante acredita la representación que ostenta mediante la presentación de la escritura de apoderamiento.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de 10 días naturales previsto en el artículo 210.2.a) de la LFCP.

Igualmente, conforme a lo previsto en el apartado 3, letra c, del mismo artículo, el acto impugnado es susceptible de reclamación ya que se impugnan dos de las cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación del contrato.

CUARTO.- La infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia, alegada por la recurrente, está incluida entre los motivos tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La reclamación formulada cuestiona la conformidad a derecho del PCAP en dos de sus cláusulas, la cláusula 8.1, reguladora de los criterios de adjudicación y su forma de valoración, y la cláusula 29, referida al régimen jurídico y prerrogativas de la entidad contratante.

Comenzando por la segunda de las cuestiones planteadas, procede analizar la viabilidad jurídica de una cláusula que establece una condición resolutoria del contrato a en los siguientes términos:

Cláusula 29 PCAP:

“La adjudicación que se derive de este pliego de condiciones estará vigente mientras el Tribunal Contencioso administrativo de Navarra resuelva el recurso interpuesto contra la adjudicación de la gestión de este servicio y siempre que dicha resolución falle en contra de este Ayuntamiento de Huarte. En caso contrario, si la sentencia dictada falla a favor del Ayuntamiento de Huarte, tendrá validez el pliego de condiciones y la adjudicación del expediente administrativo CONTR/ABIERTO/2014/1”.

Pues bien, ciertamente, como señala la reclamante, la entidad contratante ha regulado una condición resolutoria del contrato en virtud de la cual somete su eficacia, en principio, a un suceso futuro e incierto como es el sentido del fallo de la sentencia que en su día se dicte en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma reclamante frente a un acuerdo anterior de este Tribunal (Acuerdo 43/2014, de 6 de octubre) por el que se anuló la adjudicación el contrato de *“Servicio en el Centro de Primer Ciclo de Educación Infantil de 0-3 años del Ayuntamiento de Huarte”* efectuada mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Huarte, de 27 de agosto de 2014.

La parte reclamante sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal alguna que permita realizar la adjudicación de un contrato de asistencia con una condición resolutoria, lo cuál resultaría contrario al principio de seguridad jurídica que ampara al contratista para conocer de manera previa el período mínimo en el que va a prestar el servicio.

El Ayuntamiento de Huarte, por su parte, no sólo defiende, con base al principio de libertad contractual, la legalidad de la cláusula cuestionada, al reconocer, al amparo del artículo 45 LFCP, la potestad de las entidades contratantes para incluir, en el ámbito

de la contratación pública y en el ejercicio de su potestad discrecional, todas las estipulaciones que estimen convenientes, sin más límite que el respeto a la normativa de aplicación, sino que, además, considera que la inclusión de la citada cláusula en los PCAP era obligada por razones de interés público, al efecto de informar de una situación jurídica precedente que podría tener efectos sobre el contrato a adjudicar, evitando así cualquier reclamación o daño que pudiera interponerse al respecto.

Considera, además, que las sentencias deben, en su caso, cumplirse y el eventual adjudicatario tiene la misma seguridad jurídica en cuanto al plazo que con las prórrogas.

De este modo, la entidad contratante liga la suerte del contrato licitado al resultado de la impugnación contencioso-administrativa de otra licitación anterior sobre el mismo servicio, que pese a ser anulada por este Tribunal y denegarse la suspensión de dicho acuerdo mediante Auto de 17 de abril de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, viene siendo gestionado por la empresa adjudicataria del contrato anulado.

Pues bien, de las señaladas consideraciones se adivina que las razones aducidas por la entidad contratante no son admisibles.

En primer lugar, porque el contrato cuya validez está sometida a la resolución del orden contencioso-administrativo, que es al que se pretende vincular la eficacia del ahora licitado, tenía, como sostiene la reclamante, la vigencia de un año, desde el 1 de septiembre de 2014 al 1 de septiembre de 2015, si bien prorrogable hasta un máximo de 4 años.

Por ello, licitándose el nuevo contrato a partir del 1 de septiembre de 2015, no se aprecia ningún conflicto temporal entre uno y otro porque, en el peor de los casos, si se determinara judicialmente la legalidad de la licitación impugnada, ningún perjuicio resultaría a la empresa que resultó adjudicataria por la razón ya expuesta de que es la que está gestionando tal contrato, aún sin cobertura legal alguna.

Siendo así, en dicho caso, únicamente podría quedar afectada la potencialidad de la prórroga del contrato hasta el máximo de 4 años establecido, supuesto que exigiría el mutuo acuerdo de ambas partes, la entidad contratante y la adjudicataria del contrato declarado válido, lo que no se concilia con ningún derecho de la contratista a mantenerse en el contrato hasta el máximo de 4 años máximos autorizados.

En dicha tesitura, decae la justificación ofrecida por la entidad contratante para avalar la cláusula cuestionada ya que de no ser así se estaría admitiendo la inclusión en los PCAP de una cláusula que somete la eficacia de un contrato a la voluntad unilateral de la propia entidad contratante.

Dicho de otro modo, la inclusión de la cláusula examinada permite a la entidad contratante, llegado el momento, elegir al contratista que ha de gestionar el contrato para el caso de que resulte adjudicataria una empresa distinta a la que actualmente presta el servicio.

Pero es que, además, en contra de lo que sostiene la entidad contratante, no es cierto que la inclusión de dicha cláusula permitiría salvaguardar la posibilidad de una reclamación por parte de la contratante que se viera apeada del contrato cuando el artículo 125.2 LFCP, relativo a los efectos de la resolución del contrato, determina que *“El incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte de la Administración determinará, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista”*.

Por tanto, resultando concluyente que no existen razones de interés público que motiven la inserción de la cláusula en los PACP, se impone la necesidad de determinar si la regulación de la condición resolutoria impuesta por la entidad adjudicataria en los PCAP puede ser admitida legalmente bajo el paraguas de la libertad contractual que la legislación contractual otorga a las entidades contratantes.

En todo procedimiento de licitación se deben fijar previamente los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, en sus aspectos

jurídicos, administrativos y económicos, que se denominan pliegos de cláusulas administrativas particulares (artículo 45.1 LFCP), que, conforme a reiterada jurisprudencia (por todas, STS de 21 de mayo 2001), son para las partes la ley del contrato y rigen tanto el procedimiento de adjudicación como la posterior ejecución del mismo.

El artículo 121 LFCP señala que los contratos se extinguirán por cumplimiento o resolución, regulándose como supuestos de la misma las causas relacionadas en el artículo 124 de la misma norma, entre las que incluye en su letra l) las que se establezcan expresamente en el contrato.

Siendo una condición que forma parte del régimen jurídico del contrato, resulta aplicable el artículo 1255 del Código Civil, referido a los pactos, cláusulas y condiciones del contrato, que señala que *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*, supuestos que limitan la prerrogativa de la entidad contratante para regular las estipulaciones que tenga por conveniente.

Asimismo, la Administración, conforme establece el artículo 103 de la Constitución, debe servir con objetividad los intereses generales y actuar siempre con buena fe y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, lo que le exige respetar el procedimiento regulado y respetar las garantías de los contratistas, lo que no ocurre cuando se incluye en un contrato una ilegal o abusiva.

En este sentido, el artículo 1256 del Código Civil prohíbe que la validez y el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de una de las partes contratantes.

Pues bien, en dicho marco se constata que la cláusula que pretende hacer valer la entidad adjudicataria resulta ilegal porque haría depender el cumplimiento del contrato de la propia voluntad de la entidad contratante, según se ha advertido.

Pero además, mantener dicha cláusula dentro de los PCAP significaría desnaturalizar la relación jurídica inicialmente suscrita y, además, hacerlo en perjuicio del contratista, toda vez que constituyendo el plazo de duración del contrato un elemento esencial del mismo, la modificación incierta de dicho plazo constituye una modulación de la oferta económica de los licitadores, lo que determina tanto una falta a la transparencia de la licitación como un desequilibrio de las prestaciones del contrato.

Así es, pues estipulándose la imprevisibilidad del plazo de duración del contrato, se sustrae a los futuros licitadores de la posibilidad de conocer toda la información que requieren conocer para formular sus ofertas, entre ella el plazo de duración del contrato licitado a partir del cuál pueden determinar la carga económica que resulta del mismo, lo que supone una vulneración del principio de transparencia, en contra de lo que establece el artículo 21.1 LFCP, *“Las entidades sometidas a la presente Ley Foral otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria”*

Pero, además, llegado, en su caso, el momento de resolver el contrato, se produciría un desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del contratista que gestione el servicio, quien vería que las condiciones finales del contrato no se ajustan a las iniciales que tuvo en cuenta para formular su oferta, desfigurando el contenido de la relación contractual, lo que permite calificar la cláusula, además de ilegal, de abusiva.

En este caso, por tanto, no sólo estaríamos en presencia de una cláusula nula, si bien, dado su carácter accesorio, el contrato en cuestión debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de la citada cláusula como una suerte de nulidad parcial que no afecta a su vigencia.

SEXTO.- La parte reclamante cuestiona, asimismo, la legalidad de los criterios de adjudicación regulados en el PCAP por entender que la cláusula octava vulnera los principios de concurrencia, transparencia y objetividad al no respetar la exigencia establecida en el artículo 51 LFCP de que un 50 por 100 de la puntuación se

corresponda con criterios que puedan valorarse mediante fórmulas frente a criterios subjetivos.

En esta línea, defiende que la cláusula octava, aparentemente, parece respetar el límite del 50 por 100 exigido para la valoración mediante fórmulas pero en la práctica, la diferencia real de puntuación asignable mediante criterios objetivos es de 2,25 puntos, pues las puntuaciones por el criterio precio únicamente pueden variar entre 42,75 y 45 puntos, teniendo en cuenta que se consideran anormalmente bajas las ofertas inferiores en cinco puntos porcentuales.

Por ello, considera que la ponderación de la oferta económica resulta prácticamente irrelevante mientras los criterios sometidos a juicio de valor alcanzan una importancia mayor, con lo que la discrecionalidad del órgano de contratación resulta determinante en la adjudicación del contrato.

Por su parte, la entidad contratante defiende que los criterios valorables mediante fórmulas suponen el 50 por 100 de la puntuación total (ampliación de horarios y oferta económica) y que la fórmula que valora el criterio precio cumple los parámetros exigidos al otorgar mayor puntuación a la oferta más ventajosa, en este caso la más barata, introduciendo correcciones a la proporcionalidad admitidas doctrinal y jurisprudencialmente, si bien, finalmente, reconoce que la fórmula empleada para valorar dicho criterio supone diferencias de puntuación no elevadas.

Por tanto, suscitada la controversia sobre la acomodación a derecho de los criterios de adjudicación y sus fórmulas de ponderación, procede examinar los términos en los que se ha regulado la cláusula impugnada, que la entidad contratante denomina de proporcionalidad inversa corregida.

En la Cláusula 8.1., se incluyen los siguientes criterios de adjudicación:

8.1. PROPOSICIÓN TÉCNICA

A) PROYECTO DE GESTIÓN EDUCATIVA: 40 puntos

1 Normativa aplicable y seña de identidad 5 puntos

- 2 *Objetivos del proyecto educativo 5 puntos*
- 3 *Organización escolar 5 puntos*
- 4 *Propuesta Pedagógica 10 puntos*
 - 4.1- *objetivos 2,5 puntos*
 - 4.2- *contenidos 2,5 puntos*
 - 4.3- *principios pedagógicos y metodológicos 2,5 puntos*
 - 4.4- *evaluación 2,5 puntos*
- 5. *Defensa oral de la propuesta pedagógica: 15 puntos*
 - 5.1- *contenidos: 7,5 puntos*
 - 5.2. *claridad de la exposición 7,5 puntos*

B) PROYECTO DE GESTIÓN ECONÓMICO ADMINISTRATIVA: 10 puntos

- 1. *planificación de los recursos económicos: 3 puntos*
- 2. *planificación de la provisión de personal: 4 puntos*
- 3. *gestión de los medios materiales, servicios y suministros: 3 puntos*

Evaluación mediante fórmulas matemáticas:

C) AMPLIACIÓN HORARIO DE LA ESCUELA: 5 puntos (se puntuaran proporcionalmente):

- *Hasta un 10% por encima del Pliego, mínimo 30 minutos, 2,5 puntos.*
- *Mas del 10 %, 5 puntos.*

D) OFERTA ECONÓMICA 45 puntos.

Se otorgarán 45 puntos a la oferta más ventajosa, puntuándose el resto de proposiciones económicas conforme a la siguiente formula: $P= 45x OM/OF$

P= Puntuación obtenida

OM= Oferta económica más baja

OF= Oferta del licitador

Se considerara que la oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en 5 puntos porcentuales al precio del contrato”

Pues bien, el artículo 51 LFCP establece que:

"1.- Los criterios en los que se basará la adjudicación de los contratos serán:

a) Exclusivamente el precio ofertado.

b) En los restantes casos, para determinar la oferta más ventajosa se utilizarán criterios vinculados al objeto del contrato dando preponderancia a los criterios que puedan valorarse mediante fórmulas frente a criterios objetivos, estableciéndose un mínimo del 50 por 100 de la puntuación a otorgar según estos primeros.

Los criterios se definirán de forma precisa, especificando su importancia relativa, y deberán estar vinculados al objeto del contrato. Como la calidad o sus mecanismos de control, el precio, el valor técnico de la oferta, la posibilidad de repuestos, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o ejecución, u otras semejantes. En caso de presentarse mejoras, deberán expresarse sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarles suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato".

Por tanto, cuando el artículo 51 LFCP regula los criterios de adjudicación y señala en la letra b) del apartado 1º que *"En los restantes casos, para determinar la oferta más ventajosa se utilizarán criterios vinculados al objeto del contratos ..."*, establece que cuando no se considere adecuado valorar exclusivamente el precio ofertado por los licitadores, los criterios que se establezcan para determinar cuál es la oferta que resulta más adecuada para dar satisfacción al interés público, se debe atender al objeto del contrato, a aquellas cuestiones que giran en torno al mismo; por ello se establece que los criterios deben ser objetivos, es decir, determinados en consideración al objeto que se pretende contratar.

Cuestión distinta es que al valorar las ofertas presentadas por los licitadores, mediante la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, el

operador jurídico goce de un margen de discrecionalidad, la cual deriva en cierto grado de subjetividad, siempre que el criterio a aplicar no tenga una ponderación exacta mediante fórmulas matemáticas como es propio del criterio de adjudicación que atiende al precio ofertado por los partícipes en la licitación.

Sin embargo, lo cierto es que los criterios escogidos por el órgano de contratación deben ser los más útiles para alcanzar el fin de seleccionar la oferta más ventajosa.

A este respecto, la Directiva 2004/18 deja a la entidad adjudicadora libertad de elección respecto a los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa.

En este sentido, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en Informe 4/11, de 28 de octubre de 2011, siendo cierto que la entidad contratante cuenta con un amplio margen a la hora de diseñar la fórmula de evaluación de la oferta económica, debe siempre respetar los parámetros exigidos, de forma que asigne la máxima puntuación a la oferta más económica.

Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución nº 906/2014, de 12 de diciembre, señala que "*Fuera de estos principios elementales, el órgano de contratación cuenta con un margen de libertad para decantarse por una u otra fórmula, para optar por una regla absoluta de proporcionalidad o, por el contrario, introducir modulaciones en ella que no sean arbitrarias ni carentes de lógica o, en fin, distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica, A fin de cuentas, si la entidad adjudicadora puede elegir la ponderación atribuida a cada criterio de adjudicación (cfr.: artículo 150,4 TRLCSP y Sentencias del TJCE, Sala Sexta, 4 de diciembre de 2003-asunto C-448/01-), no parece posible negarle la libertad de elegir la fórmula de distribución de los puntos*".

Efectivamente, tal como se señala en el Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, *"La finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas..."*

Asimismo, se añade que *"...Tras la ponderación fijada para cada criterio, hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que, en la valoración global de la oferta, se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación fijados (artículo 150.4 TRLCSP), a fin de que las valoraciones parciales efectuadas a la luz de cada uno de ellos puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Por ello, en su concreta aplicación para la asignación de la puntuación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de valoración diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06)"*.

Y continúa, *"...la finalidad del sistema de ponderación y consiguiente puntuación es preservar la nota de la mejor relación calidad/precio. Lo que significa que la oferta de precio más baja no siempre resulta la mejor ni, por ello, la más eficiente. Sin olvidar que una incorrecta parametrización de un criterio, puede falsear la finalidad de la licitación"*.

Por ello, el artículo 45 LFCP dispone que el PCAP establecerá la ponderación, que podrá fijarse estableciendo una banda de valores adecuada.

En definitiva, resulta preciso distinguir entre criterios de adjudicación, valorables mediante fórmulas matemáticas o dependientes de juicio de valor, y reglas para valoración de los mismos.

Pues bien, en lo que se refiere al criterio precio, la forma de valorarlo no resulta neutra, pues dependiendo de la fórmula utilizada, el peso asignado al precio en la

puntuación total puede sufrir matizaciones, por lo que procede analizar en el caso concreto si la misma refleja que diferencias importantes en los precios ofertados refleje también diferencias importantes en las puntuaciones asignadas o, por el contrario, distorsiona o minimiza la ponderación atribuida por los PCAP al factor precio.

En definitiva, se trata de determinar si la fórmula elegida en los PCAP para valorar el criterio de adjudicación precio permite otorgar la totalidad de la puntuación que dice otorgar, porque si la puntuación nominal no coincide con la puntuación real, nos encontraremos en presencia de un fraude de ley.

Desde esta perspectiva, en este caso, abundando en la fórmula adoptada por la entidad contratante en los PCAP para valorar el criterio precio, procede cuestionarse si la ponderación establecida de los criterios subjetivos es superior a la efectivamente asignada a los criterios valorados mediante fórmulas, es decir, si al menos 50 de los 100 puntos a otorgar quedarán fijados de forma matemática.

En el caso de la fórmula empleada por la entidad contratante para valorar el factor precio, se comprueba que en el caso de que ninguno de los licitadores ofrezca ninguna baja respecto del presupuesto tipo, sus ofertas obtendrán en ese criterio 45 puntos.

Y también se constata que el licitador que no haya bajado nada podrá obtener, como poco, 42,75 puntos, para el caso de que hubiera otra oferta admitida que bajara hasta el máximo precio sin que pudiera presumirse oferta anormalmente baja, considerada en el PCAP cuando resulte inferior al 5 por 100 del precio de licitación, lo que supone que ya antes de comenzar la licitación, todo licitador tiene asegurado 42,75 puntos.

En definitiva, como poco, sobre 45 puntos fijados como máximo al criterio precio en los PACP, no están en juego 42,75 puntos. O dicho de otro modo, sólo están en juego 2, 25 puntos sobre un máximo de 45 puntos.

Por ello, se puede concluir no sólo que no existe coincidencia entre la valoración nominal y la real del criterio precio, sino que la fórmula elegida por la entidad contratante distorsiona de una manera muy importante la ponderación atribuida al mismo en los PCAP.

De esta manera, resulta acreditado que el artículo 51 LFCP ha resultado vulnerado por cuanto los criterios sometidos a fórmula matemática quedan reducidos a 7,25 puntos, resultantes de los 5 puntos máximos atribuibles a la ampliación del horario y los 2,25 puntos máximos que como máximo cabe obtener en la oferta económica.

A mayor abundamiento, resulta que únicamente están en juego 57,25 puntos de los 100 otorgables, con lo cual, en aplicación del artículo 51 LFCP, resultaría exigible que 28,63 puntos fueron valorados de forma automática pero, siendo que únicamente pueden serlo 7,25 puntos, se constata que la ponderación real de los criterios objetivos no es del 50 por 100 sino del 12,66 por 100 y los PCAP incurren en infracción legal.

Siendo así, mientras los licitadores pueden obtener la mayor parte de la valoración consignada en el criterio precio, por el sólo hecho de presentar sus ofertas, la obtención de puntuación en los criterios sometidos a valoración técnica exigen su esfuerzo para presentar ofertas técnicas merecedoras de buena puntuación técnica en todos y cada uno de los subcriterios de valoración, como acontece en el caso de los objetivos del proyecto educativo o de la organización escolar, en los que se puede obtener sólo un máximo de 5 puntos, la propuesta pedagógica, que sólo permite obtener un máximo de 10 puntos, lo mismo que en el caso del proyecto de gestión económico administrativa.

Paralelamente, sorprende que la simple defensa oral de la propuesta pedagógica permita obtener 15 puntos, de los cuales 7,5 puntos correspondan a la claridad de la exposición, criterio no vinculado al objeto del contrato porque no resulta garante en medida alguna del contenido de la oferta objeto de valoración.

De conformidad con las consideraciones expuestas, resulta cierto, tal como sostiene la reclamante, que la ponderación de la oferta económica resulta prácticamente irrelevante, de modo que la discrecionalidad del órgano de contratación en la valoración de los criterios subjetivos será la determinante en la selección del adjudicatario del contrato.

En conclusión, de conformidad con todo lo expuesto, se constata que las fórmulas empleadas en los PCAP para valorar el criterio de adjudicación correspondiente a la oferta económica no sirven para ordenar las ofertas ni para seleccionar la más ventajosa, resultando contrarios a las exigencias consignadas en el artículo 51 LFCP y a los principios rectores que deben regir la contratación pública.

Toda licitación de un contrato público debe respetar los principios rectores de la contratación, constatándose el carácter esencial de estos criterios en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato desde el primer párrafo del considerando 46 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE, cuando señala que: *«la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva»*, principios de igualdad, no discriminación y transparencia en el tratamiento a los licitadores recogidos asimismo en los artículos 21 la LFCP.

Como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha declarado en numerosas ocasiones (entre otras, Resolución 69/2012, de 21 de marzo, 207/2013, de 5 de junio), *“las cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contrarias a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho, ‘...porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta.’*”

En virtud de dicha consideración, este Tribunal debe anular la cláusula 8.1 PCAP impugnada por la reclamante, nulidad que conlleva la de todo el PCAP por afectar a los criterios de adjudicación del contrato.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por doña M.C.A.L., en representación de “HAURTXOA, S.L.L.”, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de asistencia para la prestación del servicio de Primer Ciclo de Educación Infantil 0-3 años en las Escuelas de “Ugarrandía” y “Pérez Goyena”, promovida por el Ayuntamiento de Huarte, y declarar la nulidad de todo el PCAP.

2º. Notificar este acuerdo a doña M.C.A.L., en representación de “HAURTXOA, S.L.L.”, al Ayuntamiento de Huarte y a los demás interesados en el procedimiento.

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 junio de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
LAVOCAL, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Ana Román