



Expte.: R-36/2016

ACUERDO 38/2016, de de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don E.B.E., en nombre y representación de la Compañía Mercantil “SEDNA, S.L.”, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zizur Mayor, de fecha 20 de mayo de 2016, por el que adjudica a la empresa “GESPORT GESTIÓN DEPORTIVA, S.L.” el *“Contrato de Asistencia para el funcionamiento de todas las instalaciones Deportivas Públicas de Zizur Mayor: gestión de los servicios de limpieza, mantenimiento, conserjería y socorristas, así como las funciones de control y vigilancia de usuarios y de la atención al público”*, promovido por el Ayuntamiento de dicha localidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de marzo de 2016 se publica en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato *“Asistencia para el funcionamiento de todas las instalaciones Deportivas Públicas de Zizur Mayor: gestión de los servicios de limpieza, mantenimiento, conserjería y socorristas, así como las funciones de control y vigilancia de usuarios y de la atención al público”*, por importe de 2.860.000 euros, promovido por el Ayuntamiento de dicha localidad.

SEGUNDO.- La Mesa de Contratación designada en la licitación, en sesión celebrada el día 15 de febrero de 2016, procedió a la apertura de las ofertas técnicas admitidas, haciendo entrega de las mismas a la “Unidad Técnica” para su análisis y valoración de acuerdo con los criterios establecidos en el PCAP y la emisión del correspondiente informe.

TERCERO.- Con fecha 27 de abril de 2016, la “Unidad Técnica” emitió el informe que le fue encomendado por la Mesa de Contratación, el cual venía rubricado por la Técnica de Deportes en representación del equipo evaluador.

CUARTO.- El mismo día 27 de abril de 2016, la Mesa de Contratación se reunió en sesión convocada al efecto de proceder a la apertura de las ofertas económicas presentadas por las empresas admitidas a la licitación, dando previa cuenta el Presidente del resultado de la valoración de la documentación técnica presentada por las empresas admitidas conforme a la puntuación resultante de la valoración técnica realizada por la "Unidad Técnica".

QUINTO.- Con fecha 10 de mayo de 2016, la Mesa de Contratación se reunió en sesión celebrada al efecto de proceder a elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación de la oferta más ventajosa en su conjunto, en aplicación de los criterios establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas y después de valorar la documentación solicitada a la empresa "GESPORT GESTIÓN DEPORTIVA, S.L.".

SEXTO.- En sesión celebrada con fecha 20 de mayo de 2016 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zizur Mayor acordó adjudicar el “*Contrato de Asistencia para el funcionamiento de todas las instalaciones Deportivas Públicas de Zizur Mayor: gestión de los servicios de limpieza, mantenimiento, conserjería y socorristas, así como las funciones de control y vigilancia de usuarios y de la atención al público*” a la empresa “GESPORT” en la cantidad de 787.401,45€.

SÉPTIMO.- El día 26 de mayo de 2016 la empresa SEDENA recibió notificación del Acuerdo de fecha 20 de mayo de 2016 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zizur Mayor por el cual se adjudicaba a la empresa "GESPORT" el referido contrato.

OCTAVO.- El día 1 de junio de 2016 la empresa SEDENA interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra frente a la adjudicación del “*Contrato de Asistencia para*”

el funcionamiento de todas las instalaciones Deportivas Públicas de Zizur Mayor: gestión de los servicios de limpieza, mantenimiento, conserjería y socorristas, así como las funciones de control y vigilancia de usuarios y de la atención al público”, que funda en la infracción de las normas de transparencia y particularmente de los criterios de adjudicación fijados y aplicados.

En primer lugar señala la reclamante que se han aplicado subcriterios con ponderaciones no previstas en el Pliego, así como que se ha procedido a crear nuevos subcriterios, lo cuál debe conllevar la nulidad del criterio de adjudicación aplicado y consiguientemente de todo el procedimiento.

Particularmente, aduce que son diez los criterios de adjudicación comprendidos en la Cláusula 8ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, dentro de los cuales tienen un mayor valor tres: “La planificación horaria, calendarización y distribución de trabajos”, con 15 puntos y “el incremento de horas gratuitas de servicios” con 15 puntos, junto con la oferta económica con una puntuación total de 30 puntos.

Y de estos, en el caso del primero de ellos, “Planificación horaria, calendarización y distribución de trabajos”, el Pliego concreta cuál ha de ser el modo de prestación del mismo, sin que los configure como subcriterios ni les asigne ninguna ponderación.

Continua la empresa SEDENA señalando que el *“informe de valoración en su pagina 11 lleva a cabo lo que el pliego no contempla, a saber, convertir los elementos o formas de prestación en subcriterios, asignar a cada uno de ellos una ponderación distinta y, finalmente, crear un nuevo elemento o subcriterio que denomina “Global” que no estaba previsto en ningún caso en los pliegos, sin motivación alguna....Esta novedosa y sorpresiva aportación de la unidad técnica, transmitida de forma inmediata y automática a la Mesa de Contratación solo puede provocar la nulidad de todo el procedimiento, toda vez que vulnera el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores la modificación de los criterios de adjudicación y la creación de subcriterios*

y ponderaciones no previstas en los pliegos, máxime cuando dichos subcriterios y ponderaciones son diferentes.”

A mayor abundamiento sobre esta cuestión, indica SEDENA que cuando el Pliego ha querido establecer subcriterios con sus correspondientes ponderaciones lo ha hecho; así pone de ejemplo el caso del criterio “Perspectiva de Género”, fraccionado en subcriterios y ponderaciones contemplados en el pliego con toda claridad, lo que según entiende la parte reclamante no ocurre con el criterio “Planificación horaria, calendarización y distribución de trabajos”.

En segundo término, el reclamante basa la reclamación en la falta de motivación e incumplimiento de los requisitos necesarios para la valoración de mejoras.

Uno de los subcriterios escogidos se refiere a “mejoras específicas” y, escuetamente, a mejoras sobre personal y maquinaria.

De esta *“parquedad y falta de precisión o mas bien, de esta amplitud sin limites sobre qué ha de entenderse por mejora y como valorarlas no cumple de ninguna manera con los requisitos legales de precisión que deben concurrir para poder validar tal subcriterio de adjudicación”* señala SEDENA.

Así indica la reclamante que en el propio informe de valoración se señala que *“la globalidad de mejoras recomienda que haya que hacer seguimiento para que se cumplan lo que ofertan, en caso de resultar adjudicataria o que presenta muchas mejoras, se considera que si fuese la adjudicataria sería imprescindible hacer seguimiento para que cumplan lo que ofertan”* poniendo por tanto de manifiesto la inconcreción sobre qué mejoras concretas se podían presentar o cómo se iban a valorar.

En tercer lugar, alega la reclamante que ha existido una infracción del artículo 51.1b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, ya que el único criterio valorable mediante formulas ha sido el de la oferta económica, habiendo

quedado todos los demás sin excepción a la discrecionalidad de la Mesa de Contratación, al tratarse de criterios de carácter subjetivo.

Aparentemente, algunos de los criterios si estarían sometidos a fórmulas, tales como Patrocinio, Dinamización, Incrementos de horas gratuitas de servicios, etc....ya que se les asigna una puntuación máxima a la mejor en cada caso (mayor número de horas gratuitas, o de horas de dinamización, por ejemplo), puntuándose todas las demás ofertas de forma inversamente proporcional.

Pero según la reclamante en *“la motivación del informe de valoración en todos y cada uno de estos apartados ha quedado sujeta a lo que en último término ha entendido discrecional y subjetivamente la Mesa de Contratación, decidiendo cuando y como computar o tener en cuenta horas, actividades etc, sin que haya asomado por ninguna parte la aplicación de fórmulas o la aplicación de criterios objetivos”*, poniendo diferentes ejemplos sobre como se ha valorado el Patrocinio o el incremento de horas gratuitas de servicio.

Por ejemplo, respecto a su propia oferta SEDENA señala que el informe afirma que *“Presenta un curso de socorrismo pero con cuota, aunque lo reduzca a personas de Zizur Mayor, no podemos obviar que la misma propuesta se ha desestimado a otras empresas porque es el criterio que el equipo evaluador ha manifestado (Se retiran 284 h)...Por lo que de las 2881 horas presentadas se valoran solo 1213.”*

La cuarta de las presuntas irregularidades señalada por el reclamante se basa en la existencia de infracción del principio de transparencia en la valoración de las ofertas, con la consiguiente infracción del artículo 61.2 de la LFCP y 228.2 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local.

En el acta de 15 de febrero de 2016 de la Mesa de Contratación se señala que *“Efectuada la apertura de proposición técnica, el Presidente hace entrega de la misma a la unidad técnica a fin de que se realice su análisis...para la emisión del correspondiente informe.”*, procediéndose por parte de la Técnico de Deportes,

miembro de la Mesa, a la entrega del correspondiente informe con fecha 27 de abril, firmado por ella misma en representación del equipo evaluador, sin que exista mas datos de los miembros del mismo, a excepción del número de seis personas que lo forman.

“Esta indefinición y falta de datos sobre quienes han participado en la valoración de las ofertas, su condición, su conocimiento técnico o sus condiciones personales supone, a juicio de esta parte, una grave vulneración del principio de transparencia del procedimiento de contratación recogido en el artículo 21 de la LFCP”, señala SEDENA, indicando que si bien es cierto que la Mesa de Contratación puede solicitar los informes técnicos oportunos, no es menos cierto que deberá figurar en el procedimiento el encargo a los profesionales de que se trate, con su identidad y capacidad técnica.

Por tanto, en ningún momento resultan identificados los miembros de dicha Comisión de Valoración, ni nominalmente ni en cuanto a su formación técnica.

Y en quinto y último lugar, como cierre de su reclamación, SEDENA alega la nulidad de los informes de valoraciones, en base a los numerosos errores, indefiniciones e imprecisiones.

Señala la reclamante que ya el propio informe de valoración lo pone de manifiesto ya que comienza indicando que *“dada la singularidad del pliego que recoge en su propuesta técnica una puntuación relevante a adjudicar por mejoras materiales, horarios, dinamización y convenio, el equipo evaluador recomienda al Ayuntamiento que previa la firma del contrato la empresa que resulte adjudicataria deberá resolver las cuestiones que a este respecto se recogen en este informe”*

Pone la empresa SEDENA algunos ejemplos respecto de dichos “errores”, así por ejemplo, en la valoración del criterio Patrocinio, señala respecto de la oferta de uno de los licitadores que *“no va claramente definida y es genérica y en caso de que resulte adjudicataria sería interesante valorar que pudiese resolverse en otros conceptos”*,

cuando el pliego exigía claramente definir las actividades, no que se pudiera elegir tras la adjudicación.

Asimismo, detalla errores sobre la aplicación e interpretación del criterio de incremento de horas gratuitas de servicio, de herramientas de gestión, mejoras, convenio económico de la empresa, políticas de sustituciones, etc, en todos ellos constatando, según la reclamante, la incorporación de nuevos criterios al aplicar estos, no previstos en el Pliego; así como ponderaciones no previstas tampoco en el Pliego, modulaciones de ponderaciones que debería haber sido automáticas etc.

En consecuencia, la reclamante solicita la anulación de la adjudicación y de todo el procedimiento de contratación.

OCTAVO.- Con fecha 2 de junio de 2016, así como los días 6 y 7 de junio de 2016, el Ayuntamiento de Zizur Mayor, procedió a remitir el expediente administrativo, así como el correspondiente escrito de alegaciones.

En dicho escrito se contienen las siguientes alegaciones en defensa de su actuación, las cuales se dividen por parte de la entidad reclamada en dos clases, las de carácter técnico y material por un lado y las de carácter jurídico, por otro, que a continuación se exponen.

En primer lugar, el Ayuntamiento de Zizur Mayor pone el acento en lo complejo de sus instalaciones deportivas, tanto por dispersión geográfica como por el número y variedad de las mismas, lo que entiende que justifica la *“complejidad del Pliego”*, el cual ha perseguido que *“las empresas licitadoras hiciesen una oferta tan amplia de servicios que no cupiese con posterioridad ningún imprevisto que ocasionase una facturación”*.

Respecto a las alegaciones sobre el llamado Equipo Evaluador, además de reiterar que entra dentro de la potestad que tiene la Mesa de Contratación de solicitar

cuantos informes considere oportunos, especifica ahora en este escrito, la composición de parte de dicho Equipo.

Así señala que se contrató el servicio a la empresa “Motiva Gestión y Servicios Deportivos, S.L.” quien envió un técnico licenciado en Actividades Físicas y con experiencia en gerencia y gestión de Instalaciones Deportivas Municipales. Asimismo, colaboró una oficial administrativa del Área de Personal, el Arquitecto Técnico de los Servicios Urbanísticos, la Técnica de Igualdad, el Gerente Coordinador del Servicio de Deportes y la Técnica de Deportes, siendo solo una formalidad que el Informe lo firmara únicamente la Técnica de deportes ya que es a ella a quien se le entregó; como también es una formalidad que en el acta se indique solo de forma escueta la aceptación y aprobación del informe, *“el hecho de que el acta sea escueta no implica que no se cumpliesen con todos los requisitos. La Mesa aprobó un único informe técnico que es el que se presentó”*.

A continuación el Ayuntamiento de Zizur Mayor procede a explicar la aplicación que ha ido realizando de los criterios de adjudicación, señalando que si se ha hecho constar en el Informe los criterios internos utilizados, ha sido en aras de una mayor transparencia. Asimismo señala que *“castigar el informe o la adjudicación por desmenuzar con posterioridad como se han repartido los puntos carece de relevancia, ya que con la explicación o sin ella, la puntuación era y es criterio técnico y no está sujeta a fórmula. No obstante, los subcriterios empleados ya avisados han sido enumerados en el pliego.”*

Sigue explicando cada uno de los criterios así como remitiéndose a las aclaraciones que al respecto se publicaron en el Portal de Contratación de Navarra con el objeto de aclarar dichos conceptos, como puede ser el de Patrocinio, el de incremento de horas gratuitas de servicio, dinamización etc.

Asimismo, indica por qué determinadas ofertas no se han valorado conforme a dichos criterios aparentemente, ya que el equipo evaluador ha entendido que no cumplían los requisitos para ser valoradas conforme a ellos.

Por ejemplo en el caso de las mejoras, lo que alguna empresa ha ofrecido como tal mejora, el equipo evaluador ha entendido que o bien el coste real de las mismas no era el ofrecido por el licitador, al haber consultado anteriormente con otra empresa sobre dicho servicio y haber sido ofrecido un precio más bajo; por lo que concluye no puede ser considerado como mejora; también entienden que otras presuntas mejoras no eran tales ya que suponían que por parte de la entidad se seguirían prestando unos servicios que a lo mejor en un futuro no se realizarían, con lo cual el coste real de la mejora ofertada no podía ser el presentado por el licitador, el cual partía del conocimiento de la actual prestación del servicio que no tiene porque continuar así en el futuro, con actuaciones directas por parte de los servicios propios de la entidad.

Así señala que “El Equipo Evaluador ha sido cauto a la hora de no puntuar por dos veces las ofertas presentadas en distintos epígrafes. Y aunque en algunas ocasiones físicamente alguna propuesta podría haber sido presentada, en uno u otro criterio de puntuación, el Equipo Evaluador ha respetado las diferencias presentadas y solo las ha computado una vez, la primera que aparecía.”

Entiende el Ayuntamiento que al haber elegido el criterio de “oferta mas ventajosa”, éste conlleva un cierto grado de discrecionalidad en la elección de la oferta mas ventajosa, debiendo atender a criterios técnicos y estar motivada; sigue con la reiteración de los principios de igualdad de trato y transparencia; reitera lo dispuesto en el artículo 51.1.b de LFCP respecto al porcentaje de criterios que puedan valorarse con formulas objetivas; asimismo, reitera el concepto legal y jurisprudencial de las mejoras.

Señala asimismo que dentro de las prerrogativas de la Administración existe el “Ius Variandi” o prerrogativa administrativa, que permite a la Administración modificar unilateralmente el contrato en razón del interés público, principio en el cual ampara el informe de los técnicos la advertencia de ir concretando determinadas ofertas conforme se ejecute el contrato, en caso de resultar seleccionada la misma.

Por ultimo, el Ayuntamiento como cuestión procesal de la admisibilidad de la impugnación del Pliego reitera respecto a la posible existencia de nulidad de los pliegos de condiciones que rigen la contratación que cuando frente a este no se ha manifestado oposición en plazo, como regla general no pueden ir en contra de sus propios actos e impugnarlo fuera del plazo establecido para ello, salvo, como excepción que el Pliego adolezca de un vicio de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso el licitador estará legitimado para impugnarlo, entendiendo el Ayuntamiento que el Pliego no es nulo de pleno derecho, por lo que no procederían las impugnaciones de presuntas irregularidades del mismo.

En consecuencia, solicita que se proceda a la desestimación de la misma.

NOVENO.- El día 7 de junio de 2016 se notificó por parte de la Secretaria de este Tribunal la existencia de la reclamación interpuesta por SEDENA a todos los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de tres días para que pudieran presentar las alegaciones que estimaran oportunas.

La empresa adjudicataria del contrato, "GESPORT" presentó el día 17 de junio de 2016, fuera del plazo de alegaciones conferido, escrito oponiéndose a la reclamación, en el cuál además de adherirse a lo alegado por el Ayuntamiento de Zizur Mayor efectúa una serie de aclaraciones adicionales.

Respecto a los subcriterios, indica que se recogían en el pliego los aspectos valorados, por lo que eran conocidos por todos los licitadores, lo mismo que en el caso de las mejoras, por lo que no puede trasladarse la nulidad a una mera aplicación del pliego no impugnado, además de que el régimen de estas últimas, las mejoras, regulado en el pliego sobre todo en cuanto a la cuantificación económica, hacen que no vulnere precepto alguno.

Sobre la aplicación del artículo 51.1.b) de la LFCP, indica la adjudicataria del contrato que los criterios y las fórmulas de valoración estaban en el Pliego y no fueron

impugnados; además de que entiende esta empresa que existen criterios superiores al 50% valorables objetivamente

También entiende que no ha existido falta de transparencia, además de existir una falta de concreción por parte del reclamante; señalando por ultimo que reitera lo dispuesto por el Ayuntamiento de Zizur Mayor en cuanto a la nulidad de los informes por errores, indefiniciones o imprecisiones.

Por todo ello, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Zizur Mayor, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (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.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse la reclamante de una licitadora participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

En todo caso, se hace preciso señalar que, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los pliegos son ley del contrato y si una entidad licitante se somete al procedimiento tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rige, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento a las prescripciones de la licitación, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por la adjudicación

pretendida, salvo cuando los vicios denunciados, como es el caso, puedan ser constitutivos de nulidad de pleno derecho.

A este respecto, como ha señalado la STS de 28 de junio de 2004, "*la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trata de vicios de nulidad de pleno derecho (...)*"

En esta línea, este Tribunal en otros Acuerdos anteriores (por todos el 24/2013, de 3 de septiembre), ya ha puesto de manifiesto que, conforme a nuestro Derecho, al tratarse de una declaración de nulidad de pleno derecho es indiferente que la entidad reclamante haya concurrido a la licitación sin haber recurrido los pliegos en el momento de su publicación, en el plazo oportuno, y reclame frente a su exclusión posterior en este momento, pues citando el Acuerdo 14/2011, de 19 de julio de 2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, "*es necesario recordar que las previsiones de los Pliegos, fueron conocidas por todos los licitadores y aceptadas por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas ..., pues no consta en ningún caso, que las recurrentes impugnarán en tiempo y forma los Pliegos ... a los que por tanto han quedado plenamente vinculadas, sin que sea posible en este momento fundamentar sus pretensiones alegando la irregularidad de alguna de sus cláusulas*".

No obstante, el citado Tribunal señala en el mismo Acuerdo que entiende que cualquier otra argumentación sobre la irregularidad de las cláusulas del Pliego, "*hubiera requerido la impugnación de los mismos, siendo improcedente en este momento que los recurrentes aleguen la incorrección de alguna de sus cláusulas, en tanto en ninguna de ellas se aprecia un vicio de nulidad que justifique la eventual revisión del Pliego por este Tribunal*".

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

CUARTO.- La mercantil reclamante basa su reclamación en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia del contrato, y en particular de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, motivos que se encuentra incluidos entre los tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La mercantil "SEDNA" ejercita la pretensión de nulidad de la adjudicación del contrato impugnado, y de todo el procedimiento de adjudicación, acumulando diversas cuestiones.

Así, por un lado, se pone en cuestión la legalidad de los criterios de adjudicación previstos en los PCAP, tanto por su excesiva generalidad y falta de precisión, particularmente por lo que respecta a numerosas mejoras carentes, según señala, de la precisión necesaria para que los licitadores pudieran entender qué debía entenderse por tal, como por el hecho de que los valorados por fórmulas objetivas no han atribuido en ningún caso el 50 por 100 de la puntuación de las ofertas.

Por otro, considera que dicha falta de concreción de los criterios de adjudicación ha conllevado que la valoración técnica de las ofertas no haya resultado ajustada al PCAP, tanto por incurrir en la existencia de errores como por la introducción de subcriterios de valoración y coeficientes de ponderación no contemplados en el mismo y, por tanto, no puestos previamente en conocimiento de los licitadores.

Finalmente, denuncia la parte reclamante la falta de motivación de la adjudicación en relación con la falta de transparencia del equipo que ha compuesto la unidad técnica encargada de realizar la valoración de las ofertas, del que, más allá de que lo han compuesto 6 personas, dice desconocer tanto su identidad como su capacitación técnica.

En definitiva, las cuestiones que han de abordarse se reducen al examen de la legalidad de los criterios de adjudicación, a la revisión de los criterios de valoración de las ofertas y, en última instancia, de la motivación del acto de adjudicación.

Respecto de la revisión de los criterios de valoración debe señalarse, en línea con lo ya manifestado por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales sobre la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración, por todas las Resoluciones de 26 de enero y de 30 de marzo de 2012 y de 4 de abril de 2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos, lo que no quiere decir que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado a los aspectos formales de valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos supuestos han de respetarse los resultados de la valoración.

Por tanto, únicamente en los supuestos aludidos de existencia error material en la valoración o de aplicación de criterios de arbitrariedad o discriminación entre las ofertas de los licitadores cabría admitir la pretensión de la reclamante con la consecuencia de que la anulación de la valoración, y en definitiva de la adjudicación, no podría conllevar, por aplicación del artículo 52.2 LFCP, la retroacción del procedimiento una vez desvelado el secreto de las ofertas.

SEXTO.- Los criterios de adjudicación tienen por objeto la determinación de la oferta más ventajosa, estableciendo al respecto el artículo 51 LFCP 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 subjetivos, 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 (...) En caso de valorarse la posibilidad de presentar mejoras, deberán expresarse sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

Por su parte, la Directiva 2014/24 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, con efecto directo desde el 18 de abril de 2016, señala en su artículo 67: "*Criterios de adjudicación del contrato*", que:

"3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida,

incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

4. Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios".

Asimismo, en el Considerando 89 establece que *"La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva, por lo que resulta importante que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible. Puede conseguirse utilizando los términos «oferta económicamente más ventajosa» como concepto preponderante, puesto que, en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas. Para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como la «oferta económicamente más ventajosa» en las Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE, procede utilizar una terminología distinta para abarcar dicho concepto: la «mejor relación calidad-precio». Por consiguiente, se debe interpretar con arreglo a la jurisprudencia relativa a dichas Directivas, salvo cuando exista una solución material y claramente diferente en la presente Directiva.*

Por su parte, en el Considerando 90 señala que *"La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.*

Por tanto, resulta claro que los criterios de adjudicación, además de ser objetivos en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los licitadores, deben además estar vinculados al objeto del contrato, es decir tener conexión con el mismo por referirse a las características de la prestación contractual y,

ser en principio válidos para valorar las ofertas, debiendo entenderse que no están vinculados al objeto del contrato cuando no se refieren a las prestaciones que han de facilitarse por el adjudicatario en virtud del contrato.

En segundo lugar, los criterios escogidos por el órgano de contratación deben ser los más útiles para alcanzar el fin que se persigue. Y, por ello, un criterio de adjudicación, debiendo garantizar la posibilidad de competencia efectiva, debe ir acompañado de los requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores, pues en otro caso resultaría contrario a los principios de Derecho comunitario en materia de contratación pública.

En tercer lugar, los criterios de adjudicación deben ser precisos y cuantificables, ya que los criterios genéricos, ambiguos o imprecisos constituyen una infracción de los principios de transparencia y publicidad, así como del de igualdad.

Por último, los criterios con arreglo a los cuales se deben valorar las ofertas, además de quedar determinados, deben estar publicados y darse a conocer con la antelación suficiente para que todas las personas potencialmente interesadas en contratar con la Administración puedan conocerlos y formular sus ofertas a la vista de los mismos, tratándose de garantizar con ello la objetividad de la valoración, la igualdad de los ofertantes y que las ofertas presentadas se ajusten lo mejor posible a los intereses públicos perseguidos por la Administración contratante.

La LFCP diferencia entre dos tipos de criterios: criterios evaluables de forma automática, según la fórmula prevista en los PCAP, y criterios no evaluables de forma automática, que se aplican empleando un juicio de valor, que en ningún caso puede realizarse de modo arbitrario, sino conforme a las pautas establecidas previamente en los PCAP. Pero, en todo caso, los criterios que pueden aplicarse mediante fórmulas deben otorgar un mínimo del 50 por 100 de la puntuación de las ofertas.

Por otra parte, procede añadir que no cabe confundir los criterios de adjudicación con las reglas de aplicación de los mismos, es decir cómo se va a llevar a

cabo la valoración de las ofertas conforme a los criterios elegidos: si se va a dar preponderancia a unos u a otros o se va a emplear una banda de valores.

Así, señala el Tribunal de Cuentas en su informe número 760, aprobado por el Pleno de 26 de abril de 2007, relativo a la fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en el ámbito de la Seguridad social durante los ejercicios 2004 y 2005, que algunas de las actuaciones seguidas en la valoración de las ofertas no han sido adecuadas y recomienda no solo motivar suficientemente en el expediente la elección, la ponderación y las fórmulas o métodos concretos de valoración de los criterios de adjudicación en función de las particularidades de cada contrato, sino que, además, en aras de la mayor transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación, se debería concretar en los Pliegos de manera suficiente y en la medida de lo posible, el contenido y el método de valoración del criterio técnico, más aún teniendo en cuenta que se trata del criterio que, por su propia naturaleza, reviste una mayor subjetividad; de esta forma se evitaría la existencia de un excesivo grado de discrecionalidad en la valoración posterior a realizar por la Mesa de Contratación.

En esta misma línea se han pronunciado los Informes de la Cámaras de Cuentas de Andalucía de fiscalización de la Cuenta General, contratación administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial de 2008, aprobado en febrero de 2010, y el del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas correspondiente a la Cuenta de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi-2008, en los que se recuerda que los criterios objetivos han de estar contemplados en los pliegos de cláusulas de forma ponderada, al objeto de dotar de la máxima objetividad la selección en la oferta, y que sin embargo algunos pliegos analizados por los auditores encuentran ejemplos de criterios de adjudicación definidos de una forma genérica entrando a valorar criterios cualitativos sin que se establezcan normas concretas para su valoración, sin incluirse precisiones en cuanto al contenido de expresiones genéricas y su método de valoración. En otros casos, los criterios del PCAP carecen de los elementos de juicio necesarios que permitan su correcta aplicación en la fase de valoración de las ofertas, ya que no establecen baremo predeterminado en el que fundamentar la concesión de más o menos puntos a las empresas presentadas. Para evitar las situaciones descritas, se recomienda

que los pliegos establezcan no solo los criterios de adjudicación, sino también las reglas de valoración o normas relativas al procedimiento de aplicación a tales criterios y que éstas aparezcan tasadas, baremadas y puntuadas, de modo que se respete el legítimo derecho de los licitadores a conocer de antemano en qué medida la primacía de los criterios establecidos va a influir en la adjudicación.

Particularmente, en el caso de las mejoras, tal como señala la Junta de Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, cabe admitirlas cuando impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista sin coste para el órgano de contratación, siempre que se establezcan los criterios de valoración que vayan a aplicárseles y figuren detalladas en los PCAP con la expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente y guarden relación directa con el objeto del contrato.

Dicho de otro modo, las mejoras como criterios de valoración de las ofertas son admisibles si se las objetiva en el sentido de indicarse su contenido mediante la relación de los aspectos concretos de las ofertas sobre las que pueden recaer, así como estar cuantificadas mediante la indicación de cómo serán baremadas, pues de lo contrario existirá un grado de discrecionalidad o subjetividad en la valoración de las ofertas por las Mesas de Contratación o por las unidades técnicas de valoración.

Por tanto, resultando claro que una merma de la precisión y concreción en los PCAP de los criterios de adjudicación, que origine una mayor generalidad y ambigüedad, unida a una carencia de reglas de valoración, conlleva un mayor grado de subjetividad y discrecionalidad de los órganos de valoración, haciéndose entonces más difícil la motivación de la adjudicación, la cuestión que se impone es que la valoración técnica de las proposiciones no puede quedar desprovista de la necesaria cobertura jurídica que ha de proporcionar el PCAP en el cuál debe encontrar su fundamento como ley del contrato que vincula tanto a licitadores como al órgano de contratación.

SÉPTIMO.- El artículo 21.1 LFCP establece que *“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”*.

Ello se traduce en que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas las ofertas por la entidad adjudicadora (STJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica), porque si se admitiera que un licitador presentara su oferta en unas condiciones distintas a las que ha obligado la propia entidad contratante se estaría tratando de forma discriminatoria al resto de licitadores admitidos y vulnerando también el principio de transparencia, que obliga a no modificar las condiciones durante el procedimiento de licitación (STJUE de 24 de abril de 2004 *Succhi di Frutta Spa*).

A este respecto, procede señalar que la entidad contratante ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurren a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, pero como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00, *“no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso”*. Así lo ha puesto de manifiesto este Tribunal en los Acuerdos de 46/2013, de 28 de noviembre o 32/2013, de 7 de octubre, 51/2013, de 24 de diciembre, entre otros.

Por lo señalado, ni los técnicos que auxilian a la Mesa de Contratación ni tampoco ésta son el órgano competente para completar, modificar o subsanar lo dispuesto en el PCAP, pues dicha función debe ser realizada por el órgano de

contratación antes de la aprobación de los PCAP, quien deberá solicitar a través de la unidad gestora del contrato todos los informes técnicos correspondientes con el fin de que los mismos estén ajustados a la realidad. Todo ello en aras de lograr la claridad que se debe exigir a las cláusulas del PCAP para garantizar la efectividad de los principios de igualdad y transparencia de la contratación pública.

Así lo impone el artículo 45. 2.LFCP al señalar que *“Los pliegos establecerán los criterios de adjudicación del contrato (...).*

Artículo 45.6. *“Los pliegos serán aprobados por el órgano de contratación, previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la licitación del contrato, sin perjuicio de las reglas especiales contempladas en esta Ley Foral”.*

Artículo 58, párrafo segundo *“(...) Los servicios técnicos del órgano de contratación o la Mesa de Contratación procederán a su valoración conforme a los criterios de adjudicación debidamente ponderados contenidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.*

Como señala la Resolución 122/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“Aprobados los pliegos por la Administración, ésta no podrá, ni unilateralmente ni de acuerdo con licitadores o contratista variar su contenido, dado que ello atentaría contra los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, que debe presidir cualquier procedimiento de adjudicación. “En definitiva, la Administración contratante es libre, en el momento de elaborar el PCAP, de darle el contenido que considere oportuno, siempre que no sea contrario a la ley. Pero una vez el pliego ha sido aprobado y se ha publicado la convocatoria de la licitación, el pliego vincula a la propia Administración, que no podrá incluir modificaciones en el mismo que puedan perjudicar a algunos de los licitadores, pues ello sería contrario a los principios de igualdad y de seguridad que han de regir el desarrollo de las licitaciones”.*

Y en este sentido, debemos recordar la reiterada posición de este Tribunal (por todos el Acuerdo 14/2015, de 23 de febrero, que refiere el Acuerdo 5/2013, de 16 de mayo), que señala que:

“el principio de igualdad de trato de los operadores económicos y la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio se oponen, con las excepciones luego señaladas, a que en un procedimiento de licitación la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

El fundamento de lo dicho se encuentra en el Artículo 45, apartado 4, de la LFCP, cuando dispone que el PCAP establecerá la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación establecidos; en el artículo 58 de la misma norma, que establece que los servicios técnicos del órgano de contratación o la Mesa de Contratación procederán a la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación debidamente ponderados contenidos en el Pliego; y en el fundamental artículo 21 de la Ley Foral, que obliga a las entidades adjudicadoras a otorgar a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y a actuar con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria”.

Al respecto, esta jurisprudencia comunitaria tiene declarados de forma reiterada (por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, Alexandroupolis) los siguientes principios:

a) Las Directivas imponen a las entidades adjudicadoras velar por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios. El principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia.

b) Cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el

anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida. Esta disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

El Tribunal dice en la misma Sentencia que estas afirmaciones no contradicen la interpretación realizada por el mismo Tribunal en su Sentencia de 24 de noviembre de 2005, en un asunto en el que tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones y, no obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios. En este caso, el Tribunal declaró que no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, a saber, que:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

En consecuencia, concluye la STJUE de 24 de enero de 2008, *"la Directiva, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.*

En conclusión, en este caso la entidad adjudicadora ha aplicado indebidamente un criterio de adjudicación, utilizado un subcriterio no previsto expresamente en el PCAP, que de haber sido conocido por los licitadores en el momento de la preparación de las ofertas hubiera producido el efecto de influir en su preparación, por lo que en este punto el Tribunal debe inclinarse a favor de la posición del reclamante”.

Por tanto, la principal función del Tribunal es comprobar que los principios rectores de la contratación pública son respetados y que no se incurre en arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al ejecutarla.

OCTAVO.- Planteada la litis, su resolución exige el examen del PCAP regulador del *Contrato de Asistencia para el funcionamiento de todas las instalaciones Deportivas Públicas de Zizur Mayor: gestión de los servicios de limpieza, mantenimiento, conserjería y socorristas, así como las funciones de control y vigilancia de usuarios y de la atención al público*”, promovido por el Ayuntamiento de Zizur Mayor, cuyo objeto viene determinado por las siguientes prestaciones que se imponen al adjudicatario en el PPTP y que se desarrollarán en las instalaciones del Complejo Deportivo, Edificio Social de las piscinas, Instalaciones de Piscinas Municipales de Verano, Pabellón Polideportivo del I.E.S y Campos de fútbol de "Pinar de Ardoi":

- 1.- Limpieza, desinfección y control microbiológico.
- 2.- Conserjería-Atención al público-control.
- 3.- Mantenimiento-control.
- 4.- Vigilante acuático-socorrista.

Asimismo, la adjudicataria debe hacerse cargo y prestar el servicio de Bar-Cafetería de verano, corriendo con los gastos de funcionamiento del local, de los servicios ordinarios y de las reparaciones derivadas del normal funcionamiento de la actividad o derivadas de un uso incorrecto de la misma.

Por su parte, la cláusula 8 PCAP. "**CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN**", regula los siguientes:

a) Hasta un máximo de 30 pts. Oferta económica.

Para otorgar, la puntuación correspondiente al precio ofertado se utilizará la fórmula, que se detalla a continuación y que se aplicará sobre la cantidad ofertada por quien licita por el conjunto del servicio:

1.- Inicialmente se obtendrán todos los porcentajes a la baja con dos decimales sobre el importe máximo del presupuesto base de licitación, de cada una de las ofertas presentadas.

2.- De estos porcentajes obtenidos se obtendrá la media aritmética. (salvo los excluidos y las puntuaciones cero)

3.- Una vez obtenida la media, se tomara como referencia para establecer dos zonas de puntuación.

Zona A. Todas las ofertas, hasta la media (25 puntos). La media aritmética obtenida se considerará el valor máximo, es decir 25 puntos.

Las puntuaciones de las ofertas establecidas se obtienen a través de una regla de tres tomando la media aritmética con el valor de 20 puntos.

Para las puntuaciones que superen la media, su valor máximo en esta zona será 20 puntos.

Zona B. Solo las ofertas que superen la media (5 puntos).

Los porcentajes que superen la media, tendrán una puntuación extra sobre 5 puntos.

Para poder obtener esta puntuación, se empleará una segunda formula que se detalla a continuación:

a) Al porcentaje de las ofertas presentas superiores a la media, se les restará la media aritmética citada para saber cuanto se alejan de esta misma y este se denominará "valor de referencia".

b) El mejor valor de referencia tendrá 5 puntos. Y los puntos del resto de valores de referencia, se calcularan realizando una regla de tres sobre el máximo, que como se ha mencionado tiene el valor de 5 puntos.

Consideraciones:

Serán automáticamente excluidas aquellas ofertas que superen el precio"

b) Hasta un máximo de 5 puntos Política de sustituciones, de la empresa para las instalaciones públicas de Zizur Mayor, ante imprevistos sufridos por el personal de la instalación. Todo ello elaborado en función del Plan de Recursos Humanos y Técnicos.

□ *Modo de presentación: Esquema de sustitución inmediata por trabajador o trabajadora de la instalación en caso de ausencia repentina. (Deberá hacerse constar la forma de retribución que tendrá el personal que realice el servicio, bien si es de forma económica de acuerdo al convenio vigente en Navarra, en tiempo o en reorganización de otros servicios).*

Política de ampliación de jornada y nuevas contrataciones de la empresa en caso de necesidad de personal. Máximo 5 folios.

c) Hasta un máximo de 15 puntos "Planificación horaria, calendarización y distribución de trabajos. Seguimiento, control y evaluación de la gestión de cada una

de las actividades objeto del contrato de personas usuarias y atención al público y Coordinación de Servicios. Se valorará una programación de trabajos de mantenimiento preventivo que semanalmente revise todos los espacios deportivos o no de la Instalación indicando pormenorizadamente zonas, aparatos, equipamientos y materiales. Se valorará la pertinencia.

. **Modo de presentación:** Planificación de horarios de limpieza y repasos o refuerzos, mejoras específicas (personal y/o maquinaria) a instalación cerrada y abierta. Distribución del personal de mantenimiento (de forma que se cubran todas las acciones actuales y futuras) y funciones exactas por puestos de éste. Desglose de todo ello en una tabla. Definición de las labores exactas de coordinación del responsable de coordinación de la empresa. Se presentará una ficha de registro semanal por cada una de las actividades objeto del contrato. Máximo 20 folios."

d) **Hasta 5 puntos al Patrocinio** en euros de actividades y/o equipos.

Otorgándose la mayor puntuación a la empresa que ofrezca la cuantía más elevada expresada en euros, y asignándose al resto la puntuación de forma inversamente proporcional.

Modo de presentación: Resumen de la sponsorización mostrado en euros y especificando a qué actividad va dirigida y descripción de la misma. Máximo 3 folios.

e) **Hasta 15 puntos por incremento de horas gratuitas de servicio de las instalaciones Para el disfrute de las personas abonadas.** Para dicha ampliación deberán explicarse como van a ser computadas las horas de personal, bien por abono respetando el convenio vigente, o por compensación o reorganización de servicios. Se otorgará la mayor puntuación a la empresa que ofrezca el mayor número de horas, asignándose al resto la puntuación de forma inversamente proporcional.

Modo de presentación: Tabla resumen donde deberá hacerse constar: Las horas de servicio, el lugar y la tarea concreta. La forma de retribución que tendrá el personal que realice el servicio, bien si es de forma económica de acuerdo al convenio vigente en Navarra, en tiempo o en reorganización de otros servicios o reorganización horaria. Máximo 10 folios.

f) **Hasta 5 puntos por Herramienta de gestión.** Otorgándose la mayor puntuación a la empresa que ofrezca la herramienta de gestión global de las instalaciones y personal que proporcione: Mayor autonomía e información diaria y real al órgano gestor municipal.

Adaptación a las instalaciones.

Control desde el órgano gestor.

Disponga de un servicio técnico en menos de 24 horas.

Que no cause conflicto de uso con el programa gestor actual.

Modo de presentación: Descripción de la herramienta propuesta (respetando los puntos anteriormente mencionados) y demo informatizada (o en su defecto breve guía explicativa en soporte informático) Máximo 10 folios y cd, dvd o usb para la demo.

g) **Hasta 5 puntos por dinamización.** Otorgándose la mayor puntuación a la empresa que ofrezca mayor tiempo (horas) en actividades a realizar en la instalación que sean para el uso y disfrute de las personas usuarias bien a nivel participativo o informativo.

Se otorgará la mayor puntuación a la empresa que ofrezca el mayor número de horas, asignándose al resto la puntuación de forma inversamente proporcional.

□ **Modo de presentación:** Desglose, cuantificación horaria y calendarización de las actividades propuestas especificando su coste en función de la formación de la persona a impartir y los materiales o instalaciones necesarios y breve descripción de las mismas.

Máximo 10 folios.

h) Hasta 8 puntos por otras Mejoras (*) acordes con las líneas de trabajo actuales del Patronato o

Ayto de Zizur Mayor . Las mejoras se cuantificarán en euros. Se otorgará la mayor puntuación a la empresa que ofrezca la mayor cuantía y siempre que sean acordes a las políticas municipales y a las Instalaciones de la localidad. Al resto se les asignará la puntuación de forma inversamente proporcional.

□ **Modo de presentación:** Descripción de las mejoras enumeradas y relacionadas

individualmente con las necesidades existentes en el ámbito municipal. Cuantificar cada mejora en euros. Todas aquellas mejoras no justificadas con las líneas de trabajo o necesidad del patronato serán desestimadas. Máximo 12 folios.

(*) **Definición de mejora:** toda aquella acción que hasta ahora haya tenido que realizar una empresa externa o personal municipal.

i) Hasta un máximo de 7 puntos Convenio económico de la empresa. Otorgándose la mayor puntuación a la empresa que ofrezca la mayor mejora salarial a sus empleados en el año 2016 y asignándose al resto la puntuación de forma inversamente proporcional.

□ **Modo presentación:** tabla resumen donde constará el convenio, subida salarial por puesto y la suma total anual mostrada en Euros que supondrá toda la plantilla de las Instalaciones deportivas de Zizur Mayor. Máximo 11 folios.

j) Hasta un máximo de 5 puntos Perspectiva de género. El Pliego incluirá dentro de la propuesta social un apartado referente a políticas de igualdad, para un máximo de 5 puntos, repartidos de la siguiente forma

1. Con Plan de igualdad.

El diseño y aplicación de un Plan de Igualdad de Género en el marco de ejecución del contrato y/o el compromiso de adoptar políticas de igualdad entre mujeres y hombres en el trato y acceso al empleo, la clasificación, promoción, permanencia, formación, remuneración y extinción profesional, comunicación igualitaria, así como medidas previstas para la conciliación de la plantilla de la empresa, con datos desagregados por sexo. (Se adjunta documento). Hasta 5 puntos.

<i>Existencia de plan de Igualdad en vigor</i>	<i>Pertinencia (Adecuación entre objetivos y contenidos)</i>	<i>Plan de acción: (sistematización acciones y cronograma)</i>	<i>Sistema de seguimiento y evaluación</i>
<i>Hasta 2</i>	<i>Hasta 1 punto</i>	<i>Hasta 1 punto</i>	<i>Hasta 1 punto</i>

puntos			
--------	--	--	--

2 - Sin Plan de Igualdad aún, pero con un compromiso formal y público dentro de la empresa, de adopción de políticas de igualdad en la gestión del personal (se adjunta/n documentos/s): 1 punto.

□ **Modo de presentación:** Descripción de todos los puntos arriba mencionados con la máxima concreción posible y plantilla".

NOVENO.- La parte reclamante denuncia, en primer lugar, que el criterio referido a la "*Planificación horaria, calendarización y distribución de trabajos*" resulta incumplido por el informe de valoración porque en su página 11 convierte los elementos o forma de presentación en subcriterios, asignándoles a cada uno de ellos una ponderación distinta, además de crear un nuevo elemento o subcriterio denominado "*Global*".

Así, aduce que el órgano de contratación cuando quiso regular subcriterios con sus respectivas ponderaciones en el pliego, así lo hizo, caso del criterio de adjudicación relativo a la "*Perspectiva de Género*" y que la falta de previsión en los pliegos de dichos subcriterios y ponderaciones ha de llevar a considerar infringido el principio de transparencia por entender resultado vedado a los licitadores la posibilidad de conocer, de forma previa y con precisión, "*las reglas del juego*" que les permitiera preparar sus ofertas y, por ello, sólo puede provocar la nulidad de todo el procedimiento.

Asimismo, añade que uno de los subcriterios recogidos "*Mejoras específicas*" y, referido escuetamente a mejoras sobre personal y maquinaria, resulta carente de toda precisión y de modo de valorarla, por lo que considera que no cumple ninguno de los requisitos legales de precisión que deben concurrir en las mejoras para poder validarlas como subcriterio de adjudicación, infracción igualmente constitutiva de un vicio de nulidad de pleno derecho.

Por tanto, la mercantil reclamante denuncia la modificación en el curso de valoración de las ofertas de uno de los criterios de adjudicación, "*Planificación horaria, calendarización y distribución de trabajos*", dotado con 15 puntos sobre 100, fraccionándolo en varios subcriterios con sus correspondientes y diferentes

valoraciones, a la par que añadía un nuevo elemento de valoración ("*Global*"), baremado con hasta tres puntos totalmente inexistente al que se valora con 3 puntos.

Pues bien, examinando la redacción del criterio contemplado en la letra c) del artículo o PCAP, en este criterio procede valorar la planificación horaria, calendarización y distribución de trabajos de seguimiento, control y evaluación de las distintas actividades objeto del contrato, servicios de limpieza, mantenimiento, conserjería y socorrismo, funciones de control de personas usuarias y atención al público y coordinación, así como la programación de trabajos de mantenimiento pormenorizado por zonas, equipamientos y materiales.

Para la valoración de los apartados señalados, los licitadores debían presentar en su oferta la planificación de horarios de limpieza y repaos o refuerzos, funciones exactas por puestos del personal de mantenimiento y distribución del mismo en todas las áreas y definición de las labores exactas de coordinación del responsable de coordinación, con presentación de una ficha de registro semanal de las actividades objeto del contrato. Además, las mejoras específicas de personal o maquinaria, si bien el mismo carece de toda regla de valoración que permita preestablecer cómo va a ser valorado el criterio.

Sin embargo, si de la propia redacción del criterio se hace difícil la determinación a priori, por la propia ausencia de baremos de puntuación, cómo iba a valorarse la planificación horaria, calendarización y distribución de todos los trabajos y actividades señaladas, a la vista del examen del informe de valoración técnica de fecha 27 de abril de 2016 resulta que la unidad técnica encargada de la valoración técnica de las ofertas procedió a dividir el criterio examinado en diferentes subcriterios con sus correspondientes baremos de puntuación de la siguiente forma:

- Planificación de horarios: 3 puntos
- Mejoras específicas: 3 puntos
- Distribución y funciones: 3 puntos
- Tabla: 1,5 puntos
- Definición de labores exactas: 0,75 puntos

– Global: 3 puntos.

A la vista de lo señalado puede apreciarse, en primer lugar, que la unidad técnica de valoración acusó una confusión entre qué debía valorarse en dicho criterio y los modos de su acreditación, creando nuevos subcriterios sin acomodo alguno en el PCAP, cuál es el caso de los subcriterios de mejoras específicas, tablas, definición de labores exactas.

Así, si bien tienen cobertura en el criterio regulado en el PCAP los subcriterios de planificación de horarios y la distribución y funciones, no ocurre lo mismo, como se ha dicho, con los subcriterios de mejoras específicas, la tabla, la definición de las labores exactas o las fichas de registro, que no son sino el modo de acreditar la planificación horaria, la calendarización y la distribución de trabajos.

Prueba de lo señalado es que se exige la presentación de un "*Desglose de todo ello en una tabla*" y se establece también que "*Se presentará una ficha de registro semanal por cada una de las actividades objeto del contrato*", de lo que resulta que el propio PCAP configura dichas aportaciones como medios de acreditación del criterio de de la planificación de horarios, distribución de personal y funciones exactas, lo que lleva a concluir, dado su carácter instrumental, que toda carencia resultante de la tabla o de las fichas del registro no puede tener otro efecto que el de conllevar una merma en la valoración de los apartados propios del criterio de adjudicación más no ser objeto de una valoración como si de apartados se tratase.

Lo mismo cabe señalar del subcriterio "*mejoras específicas (personal y/o maquinaria) a instalación cerrada y abierta*", a los que únicamente podía atribuírsele la función instrumental señalada de acreditación de los apartados a valorar en el criterio de adjudicación, desde el efecto producido en la planificación, calendarización o distribución de trabajos y nunca como un criterio o subcriterio en si mismo, lo que, por otra parte, implica que sus límites, modalidades y características que permitirían identificarlas resultan del propio objeto que pretender acreditar, esto es la planificación, calendarización y distribución de trabajos.

Por lo que respecta a la introducción por la unidad técnica de valoración de un nuevo subcriterio de adjudicación, ni siquiera mencionado en el PCACP entre los modos de presentación aludidos, la entidad contratante defiende su valoración, a pesar de no estar previsto en el PCAP, por tener la finalidad de recoger la puntuación global que hay que otorgar a cada una de las licitadoras en función de las singularidades que aprecie dicha unidad técnica conforme a criterios internos de la misma, a modo de un criterio técnico de libre disposición de la unidad técnica, pareciéndole irrelevante los 3 puntos que se atribuye al citado subcriterio en relación a la valoración global de cada empresa.

Por ello, no sólo se evidencia la creación ex novo por la unidad técnica de valoración de un subcriterio de adjudicación sin acomodo alguno en el PCAP, al que se le atribuye un 20 por 100 de la puntuación total fijada para el criterio de valoración de Planificación horaria, calendarización y distribución de trabajos, sino que a través del mismo lo que se ha pretendido es valorar cualidades subjetivas de las empresas licitadoras que no cabe apreciar en fase de valoración de las ofertas, y todo ello según criterios internos del propio equipo valorador, desconocidos a priori para las empresas licitadoras pero tampoco conocidos a la luz del examen del informe técnico de valoración.

Así, resulta patente que del propio informe de valoración técnica no resulta comprensible ni qué se ha valorado a través del referido subcriterio ni cómo ha sido valorado, toda vez que no se menciona expresamente sino en el caso de la valoración de la oferta de la empresa "EMTESPORT", respecto de la que señala que *"Es la única empresa que ha tenido en cuenta la Ordenanza Municipal reguladora del uso de un lenguaje no sexista y fomento de una comunicación incluyente y en previsión de resultar adjudicataria cumple en el desarrollo de su propuesta con lo recogido en el Capítulo 1, artículo 2, y se le valora positivamente en el global"*, lo que efectivamente induce a considerar que, en línea con lo señalado por la entidad contratante, la unidad técnica de valoración ha creado, al margen de los PCAP, un criterio de libre disposición con vulneración de todos los principios rectores de contratación pública.

En definitiva, en línea con lo señalado por la entidad reclamante, resulta acreditado, sin ningún género de dudas, que la unidad técnica modificó el criterio de adjudicación regulado en la letra c) de la cláusula 8 PCAP, con ocasión de la valoración de las ofertas técnicas, al introducir nuevos subcriterios y coeficientes de ponderación desconocidos por los licitadores en el momento de confeccionar sus correspondientes proposiciones, razón de por sí suficiente para declarar la nulidad de la adjudicación y de todo el procedimiento de adjudicación por vulneración de los principios de transparencia y de igualdad y no discriminación de los licitadores.

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en Acuerdo 68/2014, concluye que el método de valoración recurrido no cumple con las exigencias de transparencia, en tanto no explica, ni sucintamente, cómo se va a realizar el sistema de comparación ni como se puede obtener la puntuación que se contempla en el pliego, puesto que no son cuestiones que puedan ser decididas por la posterior valoración de los técnicos en el momento, pues toda regla de adjudicación y ponderación debe ser publicada y conocida con carácter previo por los licitadores. En consecuencia, estima el motivo del recurso y declara la ilegalidad del motivo de adjudicación en aplicación de la doctrina de la STJUE de 4 de diciembre de 2003, C-448/01, EVN AG, —que se refiere a la hipótesis de que la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— se declara la anulación de todo el procedimiento

DÉCIMA.- La mercantil “SEDENA” alega como segundo motivo de nulidad de pleno derecho de la adjudicación impugnada la infracción por el PCAP del artículo 51.1 LFCP por entender que los criterios de adjudicación valorables por fórmulas no han atribuido en ningún caso el 50 por 100 de los puntos.

Así, considera que el único criterio valorable mediante fórmulas ha sido el de la oferta económica, valorable con 30 puntos, habiendo quedado el resto de los criterios sometidos a la discrecionalidad de la Mesa de Contratación y, por ende, a criterios subjetivos.

A este respecto, señala la reclamante que con arreglo al PCAP podía parecer que la valoración de algunos de los criterios estaba sometida a fórmulas, caso del "Patrocinio", "*incrementos de horas gratuitas de servicio*", "*dinamización*" y "*mejoras*", pese a lo cuál, una vez realizada la valoración técnica de las ofertas se pudo constatar que dichos criterios fueron valorados igualmente de forma subjetiva, al decidir la Mesa de Contratación cuándo y cómo computar o tener en cuenta horas, actividades, sin asomo alguno de fórmulas o criterios subjetivos.

Frente a ello, la entidad contratante, aduce que los criterios valorables mediante fórmulas atribuyeron un 70 por 100 de la puntuación total, en particular "Patrocinio" (5 puntos), "Incremento de horas gratuitas de servicio" (15 puntos), "Dinamización" (5 puntos), "Mejoras" (8 puntos) y "Mejoras convenio"(7 puntos), lo que daría un total de 70 puntos frente a los 30 señalados por la reclamante.

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 los criterios de adjudicación señalados.

Pues bien, en primer lugar, procede señalar que, 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 resulta necesario 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 los 30 puntos nominales establecidos.

Así, el órgano de contratación optó por una fórmula económica configurada en torno a la baja media, distinguiendo dos zonas de puntuación: aquella en la que se encuentran las ofertas cuya baja es inferior a la baja media, que se puntuarían con un máximo de 25 puntos, y las que se encuentran en el tramo superior a dicha baja media de las presentadas, que en su valoración recibirían un 5 % de puntuación adicional, llegándose a la siguiente ecuación:

Valoración de ofertas con baja inferior a la baja media:

Bmedia: 25 puntos

Puntuación= B_i/B_m

Valoración de ofertas con baja superior a la baja media:

Puntuación= $25+V_{ri}/V_{rmax} \times 5$

Siendo $V_{ri}=B_i-B_{max}$

Por tanto, esta fórmula económica a través de la que se compara la «baja» efectuada por cada oferta (B_i) con la «baja media» (B_m), cabe calificarse, en primer lugar, como difícilmente transparente para los licitadores en la medida que no permite conocer a priori la puntuación efectiva que va a repartirse, toda vez que depende de la baja media de las ofertas presentadas, con excepción de la corrección efectuada de 5 puntos que se otorga como un plus a las ofertas económicas que han superado la baja media. Pero, además, este método puede penalizar, en caso de igualdad por lo que atañe a todos los demás criterios, a las ofertas más bajas en beneficio de otras ofertas que se aproximaran más al promedio calculado, de modo que su aplicación sería contraria al principio de igualdad de trato

En el caso concreto de autos, en ningún caso podrían haberse repartido los 30 puntos previstos nominalmente, habiéndose alcanzado una diferencia máxima de 10,63 puntos entre la oferta mejor y peor valorada, cómo no podía ser de otra manera a tenor de estrecho margen de diferencia entre las ofertas presentadas ya que siendo el importe máximo de licitación 715.000 euros (IVA excluido), se han presentado ofertas de los siguientes importes: 650.745, 651.913, 663.450,60 y 672.029, 25 euros, es decir, entre

un 91,01 y 93,99 del precio de licitación, esto es con unas bajas entre el 8,99 y el 6,01%. A este respecto procede tener en cuenta que tratándose de un contrato, como ha reconocido la entidad contratante en el informe de necesidad que ha dado lugar al inicio del expediente, en el que la mayor parte del precio debe ir destinado a pagar mano de obra, debe operar la exigencia establecida en el artículo 49.3 b) LFCP de que la oferta sea adecuada para que el adjudicatario pueda hacer frente a costos salariales.

De todo lo señalado, cabe concluir que en ningún caso resulta acreditada la existencia de coincidencia entre el criterio real y nominal del criterio precio en el sentido que se expuso por este Tribunal en su Acuerdo 35/2015, de 17 de junio, por lo que lo que procede examinar si el resto de los criterios aludidos por la entidad contratante permiten cumplimentar la ratio exigida de valoración por fórmulas del 50 por 100 de los puntos.

UNDÉCIMO.- El examen del criterio de "*Patrocinio en euros de actividades y/o equipos*", regulado en la letra d) del artículo 8 LFCP, cuyo objeto es la valoración de la aportación económica que la empresa licitadora oferte para la esponsorización de una actividad o un equipo, se justifica por la entidad contratante señalando que "*se esperaba que la futura empresa adjudicataria colaborase con el tejido socio-deportivo local al igual que lo hacen otras empresas que trabajan para el Ayuntamiento de Zizur Mayor (...)*"

Sin embargo, frente a ello, cabe señalar, en primer lugar, su falta de vinculación con el objeto del "*Contrato de Asistencia para el funcionamiento de todas las instalaciones Deportivas Públicas de Zizur Mayor: gestión de los servicios de limpieza, mantenimiento, conserjería y socorristas, así como las funciones de control y vigilancia de usuarios y de la atención al público*", a tenor del examen de las prestaciones que la integran conforme al PPTP: Limpieza, desinfección y control microbiológico, Conserjería-Atención al público-control, Mantenimiento-control, Vigilante acuático-socorrista,.

Es decir, en el objeto del contrato no se contempla la organización de actividades deportivas ni de ocio como la celebración de eventos, reuniones, concentraciones, exposiciones, concentraciones o fiestas temáticas, por lo cuál la valoración del importe de la financiación de actividades o eventos, deportivos o de ocio, que ofrezcan las licitadores rebasa el objeto del contrato, lo cuál incumple el requisito de conexión con el objeto del contrato exigido por el artículo 51.1.b), y primar, en esta tesitura, dicha colaboración con el tejido asociativo local implica una restricción de la competencia.

Además, el patrocinio no es un contrato de asistencia, sino un contrato privado sometido a la Ley General de Publicidad, como señala el Informe 13/2012, de 11 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuando refiere que el contrato de patrocinio tiene por objeto una publicidad de carácter indirecto que se ha dado en llamar “retorno publicitario”, y que consiste fundamentalmente en que el patrocinado permite que el patrocinador haga pública su colaboración económica en la actividad del patrocinado y también, si así se estipula, en que el patrocinado realice comportamientos activos con esa misma finalidad. El patrocinador, a cambio, disfruta de la notoriedad y de la resonancia de la actividad que desarrolla el patrocinado, con el fin de incrementar entre el público el conocimiento de su nombre o marca y de favorecer su imagen. El patrocinado es una persona física o jurídica que no necesariamente tiene que desarrollar una actividad profesional, al contrario de lo que ocurre en el contrato de publicidad que se concierta con una agencia publicitaria, o en el contrato de difusión publicitaria, en el que el contratista necesariamente es un medio de difusión.

A mayor abundamiento, el citado criterio de valoración carece de la precisión y el detalle exigible, según se ha visto, a todo criterio de adjudicación para que cumpla los requisitos requeridos legalmente, dando en este caso pábulo a que a priori pudieran los licitadores presentar una propuesta de financiación para cualquier actividad, deportiva o de ocio, o equipo sin límite alguno, como lo revela tanto el hecho de que se exige el detalle de la actividad a la que va dirigida la esponsorización y descripción de la misma

sin limitación ni referencia alguna, al valorarse únicamente la cuantía que se aportaría por la empresa a través del patrocinio.

La generalidad del criterio es tal que ha permitido a los licitadores presentar ofertas de patrocinio a actividades o equipos tan diversos como el deporte de personas con diversidad funcional y el femenino, la difusión de actividades municipales, para apoyo a la actividad de patinaje como el Acuathlon del Club Trizurko, sin relación alguna con ninguna sección ni clubes de Ardoi, pese a lo cuál la unidad técnica de valoración ve favorable estimar la oferta, como otros patrocinios no deportivos para favorecer a asociaciones Down, Saray y Mujeres Maltratadas, de modo que, como se ha señalado, la valoración se realiza únicamente en función de la aportación económica ofrecida independientemente de su objeto y conexión siquiera lejana con una actividad deportiva o un equipo vinculado a las instalaciones deportivas del Ayuntamiento de Zizur Mayor.

Como corolario de lo señalado, la falta de precisión en el PCAP de los límites del citado criterio se compensa mediante la asunción por la unidad técnica de valoración de la facultad de decidir qué patrocinios acepta y cuáles no, o cuando ve favorable estimar la oferta de patrocinio propuesto sobre actividades que no son desempeñadas por ninguna de las secciones o clubes de Ardoi, hasta el punto decidir si procede determinar si la inversión ofrecida se emplea para otro destino distinto al propuesto, y dejar, por tanto, vacío de contenido dicho criterio de adjudicación.

En esta tesitura, no se puede obviar que el referido criterio de adjudicación por el importe económico que asume la empresa licitadora en concepto de patrocinio es un elemento propio de la oferta económica y, por tanto, nulo de pleno derecho.

Así es toda vez que la valoración de la aportación económica de la empresa licitadora como patrocinio constituye un dato económico que forma parte del precio, de modo que la misma se ha anticipado al momento de valoración de la oferta técnica, con infracción del artículo 52.2 LFCP, que establece que "*En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se*

presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración", como así se puso de relieve por este Tribunal en su Acuerdo 51/2014, de 23 de diciembre.

Dicha incidencia económica se infiere de forma más clara, si cabe, cuando se comprueba el peso específico de este criterio sobre el total de la valoración de la oferta técnica, pues un esfuerzo económico de 17.800 euros otorga la puntuación máxima de 5 puntos a la oferta mejor valorada, con lo cuál han bastado 3560 euros para obtener un punto en este apartado mientras que para obtener un punto en el criterio de oferta económica (apartado a) artículo 8 PCAP) se ha requerido un esfuerzo económico siete veces mayor al exigirse 21.691,5 euros, con lo cuál la desproporción resulta manifiesta.

Las mismas objeciones apreciadas en el criterio de adjudicación que se acaba de examinar cabe referirlas igualmente al resto de criterios que la entidad contratante considera que han atribuido puntos a través de fórmulas, esto es, "incremento de horas gratuitas de servicio", "dinamización", "mejoras" y "mejoras convenio", debiendo predicarse de todos ellos también su generalidad y falta de concreción, al no permitir conocer los licitadores a priori a qué objeto se podían ofrecer horas gratuitas de servicio y cuál era el número mínimo y máximo, cuál era el objeto y los límites de las actividades de dinamización y el objeto, características y límites de las mejoras.

Así, en el criterio "*incremento de horas gratuitas de servicio*", también resulta llamativo cómo la propia entidad contratante manifiesta que "*Cuando se decidió incluir el concepto (...) fue para poder cubrir necesidades que en este momento no se cubren, o que pueden ir surgiendo con la demanda*", "*La bolsa de horas siempre podrían negociarse con tal de que se acogiese a los supuestos de la retribución que la empresa ganadora hubiese estipulado*", "*El concepto ha sido interpretado de distinta manera por las empresas concursantes, en algunos casos se interpretaban en horas de personal y en otras de apertura de espacios*", o "*El equipo evaluador ha obrado en aras de la equidad aceptando todas las propuestas siempre y cuando no interfiriesen con otra y explicasen de qué modo iban a ser abonadas*".

Y por lo que respecta al informe de valoración técnica, también se hacen constar las carencias de determinación del criterio de adjudicación en el PCA cuando se señala que *"El Equipo evaluador discrepa en la valoración de estas horas como incremento, pero como no se especificaba lo contrario en el pliego, se aceptan y en caso de que la empresa resultase adjudicataria deberán previo a la firma del contrato ponerse de acuerdo con el Servicio de deportes en su uso"*, o se induce la utilización de criterios totalmente desconocidos para los licitadores, como ocurre con la propuesta de utilización de los frontones, señalándose que va contra los acuerdos tomados para el descanso de la vecindad, que evidentemente el licitador puede no conocer.

Por lo que respecta al criterio *"Dinamización"*, también resultan acreditadas las irregularidades advertidas desde el punto de vista del propio informe de valoración técnica, en el que se pone de relieve cómo parece no haberse entendido bien el sentido de la dinamización en la propuesta de actividades bajo tal concepto por parte de las empresas licitadoras para realizar propuestas al respecto, por diversas razones entre las que señala que *"Además, las actividades deportivas están adjudicadas a otras empresas mediante concurso por pliego"*, *"Si hubiese ofrecido esto en un vaso de dimensiones adecuadas, en verano y gratuito se hubiese entendido como adecuada"* *"Las actividades para personas adultas están adjudicadas por concurso público... y a actividades culturales en el edificio social que interferirían con los usos y programaciones del Patronato de Cultura, quien a su vez también las adjudica con concurso público"* *"Demuestra un grave desconocimiento de la realidad sociocultural y deportiva de la localidad y el procedimiento y funcionamiento de los patronatos y Ayuntamiento"*

Y también cabe reiterar la falta de vinculación de las actividades propuestas con el objeto del contrato licitado y adjudicado: seminario de masaje básico, seminario de automaquillaje, flores de bach, dedicación de cada mes a un propósito (sin tabaco, contra la violencia de género, del corazón, de la discapacidad..).

Asimismo, también resulta patente la libre disposición con la que actúa el equipo valorador de las propuestas cuando señala que *"Las 11,5 que generan duda se aceptan"*

pero en caso de que la empresa resultase adjudicataria tendría que sentarse a negociar las condiciones con el Servicio Municipal de Deportes y dedicarlas a otro tipo de actividades (...)"

En definitiva, la falta de claridad del pliego en la definición y determinación de los criterios de adjudicación produce una superposición entre las actividades presentadas por las empresas licitadoras para el apartado patrocinio, dinamización o mejoras, lo que ha llevado a la unidad técnica de valoración a ajustar la valoración para evitar valorar varias veces una misma actividad (no se tiene en cuenta la valoración de la oferta de hinchables "*porque ya la presentó en la dinamización (...)"*)

Las mejoras, por su parte, también cuantificadas en euros, se exige en el PCAP que fueran acordes con las líneas de trabajo del Patronato o Ayuntamiento de Zizur Mayor, sin que en los PCAP o los PPTP se relacionen cuáles son esas líneas de trabajo, con lo cuál resulta evidente que ha resultado absolutamente imposible a los licitadores conocer qué mejoras pueden presentar, aumentando la incertidumbre cuando se define la mejora como "*toda la acción que hasta ahora haya tenido que realizar una empresa externa o personal municipal*".

Por tanto, el criterio regulado en la letra h) de la cláusula 8 PCAP incumple también los requisitos exigidos legalmente en el artículo 51.1 b) LFCP toda vez que por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Además, es imprescindible, en consecuencia, como se ha dicho, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias.

En consecuencia, la valoración de las mejoras en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación.

Así lo ha ratificado el Acuerdo 45/2015, de 16 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que señala que el criterio de mejora, que debe ser siempre algo tangible y acreditable y que es en la documentación de la mejora que se oferta donde deben incorporarse los referidos certificados, pues, de lo contrario, solo existe una simple declaración de intenciones, que no se puede objetivizar y que, por tanto, resulta ajena al principio básico de toda licitación pública, que es la comparación de ofertas en régimen de igualdad.

En definitiva, de conformidad con lo expuesto, procede concluir que la generalidad, imprecisión y ambigüedad de los criterios de adjudicación examinados, cuya valoración se ha realizado por parte de la unidad técnica de valoración conforme arreglo a criterios no reglados y totalmente subjetivos impide que se pueda admitir el carácter objetivo que la entidad contratante les quiere atribuir para entender cumplida la exigencia de que el 50 por 100 de los puntos asignados haya sido realizada a través de fórmulas.

Pero, además, la problemática de valorar económicamente criterios cuya aplicación ha quedado sometida a la subjetividad de la unidad técnica de valoración se agrava cuando se comprueba que dichos criterios de adjudicación se han configurado mayoritariamente sobre la incertidumbre de unas prestaciones accesorias o complementarias, pues no queda acreditada la seguridad de que lo se ofrece vaya a ser real.

En definitiva, a través de lo referidos criterios de adjudicación se están valorando, en mayor parte, meras hipótesis y así lo venido a reconocer el propio Ayuntamiento de Zizur Mayor o la unidad técnica de valoración cuando se plantea la posibilidad de las prestaciones ofrecidas, su valoración o su compatibilidad con otras existentes o plausibles.

Por ello, lo que el PCAP ha primado a través de estos criterios de adjudicación examinados es la presentación de ofertas con un alto grado de incertidumbre, con la

imposibilidad añadida de comparar objetivamente ofertas que no han sido homogéneas entre sí, por lo que la necesaria valoración objetiva ha sido sustituida por una valoración totalmente subjetiva y discrecional que carece de todo soporte jurídico en el PCAP, con lo que en realidad se han valorado, en su mayor parte, meras hipótesis que es necesario cuantificar, concretar, adecuar o, incluso renegociar futuramente con los Servicios de Deportes de la entidad municipal, si no dirigir la inversión propuesta a otra actividad diferente a la ofertada pero que en el futuro pueda entender más adecuada la entidad local.

DÉCIMOSEGUNDO:- La infracción causada por los PCAP de los principios de transparencia e igualdad de trato y no discriminación de los licitadores, que implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora, es causa de nulidad de pleno derecho de la misma en base al art 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos y al art. 62 LRJPAC, infracción que determina, asimismo, la nulidad de pleno derecho de los Pliegos de Condiciones Administrativas y de todo el procedimiento de contratación sin posibilidad de convalidación alguna.

Sin perjuicio de lo señalado, también cabe inferir la infracción del principio rector de transparencia en la valoración de las ofertas que resulta de la modificación de los criterios de adjudicación por parte de la unidad técnica de valoración mediante la introducción de subcriterios y coeficientes de ponderación no previstos en los PCAP, la subsanación de las imprecisiones o indefinición de los criterios de valoración o la concreción de requisitos no exigibles en los PCAP, sin obviar las conclusiones alcanzadas en el informe técnico de valoración como advertencia a la Mesa sobre la necesidad de modificar la oferta de la empresa adjudicataria en la fase de ejecución del contrato, actuaciones que en ningún caso pueden quedar legitimada bajo el principio del ejercicio de la discrecionalidad reconocida a la Administración al no descansar la valoración de las proposiciones de los licitadores en los parámetros explicitados en los criterios regulados en los PCAP.

En esta tesitura, cabe referirse a la denuncia formulada por la entidad reclamante sobre la falta de transparencia derivada de desconocimiento de la identidad y de la competencia técnica de las personas que han integrado la unidad técnica de valoración, a cuyo respecto procede mencionar la previsión que existe sobre los conflictos de intereses en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, en cuyo considerando 16 señala que *"Los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses"*.

Y en el artículo 24, relativo a los *"Conflictos de intereses"*, establece que *"Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos."*

El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación"

Asimismo, la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la UE (Sala Quinta) de 12 de marzo de 2015, en el asunto C-538/13 ha señalado al respecto que *"El poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. En el marco del examen de un recurso dirigido a obtener la anulación de la decisión de adjudicación debido a la parcialidad de los expertos, no puede exigirse al licitador excluido que demuestre*

concretamente la parcialidad del comportamiento de los expertos. Corresponde, en principio, al Derecho nacional determinar si —y en qué medida— las autoridades administrativas y judiciales competentes deben tener en cuenta la circunstancia de que una eventual parcialidad de los expertos haya tenido o no incidencia en la decisión de adjudicación del contrato".

Por tanto, resulta claro que el principio de transparencia y de igualdad de trato y no discriminación, en relación con la previsión de los conflictos de intereses, permite, con carácter general, concluir el derecho de los licitadores a conocer la identidad de los técnicos responsables de las valoraciones de las ofertas a efectos de considerar la no existencia de conflictos de intereses.

Particularmente, en el caso que nos ocupa resulta relevante la necesidad de que la información requerida conste en el expediente de contratación cuando además resulta que, según resulta de las Actas emitidas por la Mesa de Contratación, dicho órgano en ningún caso procedió a realizar revisión alguna de la valoración técnica llevada a cabo por la unidad técnica designada, limitándose a dar cuenta el Presidente del resultado de la valoración de la documentación técnica presentada por las empresas admitidas (Acta de la sesión celebrado el 27 de abril de 2016), con lo cual la la Mesa de Contratación, órgano colegiado competente para valorar las ofertas, conforme establece la letra L del artículo 61 LFCP, ha venido a ser sustituida en su función por la unidad técnica de valoración, que no tiene más que una función auxiliar de la misma, máximo en este caso en el que, como señala la entidad contratante, fueron contratados, a los efectos señalados, los servicios de una empresa externa a la entidad local

Dicho esto, este Tribunal en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre y 4/2014, de 17 de febrero) también ha puesto de manifiesto que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Y es que, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994, "*lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la*

obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita".

El mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 lo siguiente: *"con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada 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".*

Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción, tal como exige el artículo 92.5 LFCP, que señala 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 (...)*

Sin embargo, en el caso que nos ocupa no sólo se desconoce cuales son las ventajas que tiene la oferta de la empresa adjudicataria frente a las presentadas por el resto de los licitadores, particularmente porque la heterogeneidad de las ofertas

presentadas ha impedido una comparación objetiva de las mismas, sino que ni de la resolución de adjudicación ni del propio informe técnico de valoración resulta cuáles son las características que conforman la oferta de la adjudicataria, particularmente las que reposan sobre la existencia mejoras o prestaciones accesorias o complementarias, consecuencia, por un lado, según ha manifestado el Ayuntamiento de Zizur Mayor, de la confección del PCAP ha tratado que las empresas ofreciesen una oferta tan amplia de servicios que no cupiese con posterioridad ningún imprevisto determinante de una nueva facturación y, por otro, de la necesidad entendida de modificar la oferta adjudicataria y el contrato formalizado en aras de adaptarlo a los intereses de la entidad local, lo cuál resulta contradictorio porque si la entidad local ha tenido en cuenta que no exista ningún imprevisto, no es dable, conforme al artículo 105 LFCP, la posibilidad de modificación del contrato.

En consideración a lo expuesto, la estimación de todos los motivos alegados por la entidad reclamante han de llevar a este Tribunal a la íntegra estimación de la reclamación y a declarar la nulidad de la adjudicación del contrato y de todo el procedimiento de adjudicación, sin posibilidad de convalidación alguna.

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 don E.B.E., en nombre y representación de la Compañía Mercantil “SEDENA, S.L, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zizur Mayor, de fecha 20 de mayo de 2016, por el que adjudica a la empresa “GESPORT GESTIÓN DEPORTIVA, S.L.” el “*Contrato de Asistencia para el funcionamiento de todas las instalaciones Deportivas Públicas de Zizur Mayor: gestión de los servicios de limpieza, mantenimiento, conserjería y socorristas, así como las funciones de control y vigilancia de usuarios y de la atención al público*”, promovido por el Ayuntamiento de dicha

localidad, declarando la nulidad de la adjudicación y de todo el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este acuerdo a SEDENA, al Ayuntamiento de Zizur Mayor, a los demás interesados en el procedimiento y acordar su publicación en la página 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, 5 de julio de 2016. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla.