



Expte.: R-76/2016

ACUERDO 11/2017, de 10 de marzo de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” contra la adjudicación del contrato de gestión del Pabellón Polideportivo Municipal Tierra Estella-Lizarreria y de las piscinas municipales del Agua Salada efectuada por el Ayuntamiento de Estella/Lizarra.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 8 de julio de 2016 el Ayuntamiento de Estella/Lizarra publica en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de gestión del Pabellón Polideportivo Municipal Tierra Estella-Lizarreria y de las piscinas municipales del Agua Salada.

Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento se adjudica el contrato a la mercantil “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” el día 19 de septiembre de 2016. Dicha adjudicación es recurrida en reposición y mediante Acuerdo del Pleno de 1 de diciembre de 2016 se estima dicha acción de impugnación y se adjudica el contrato a la mercantil “Kirolzer, S.L.”

SEGUNDO.- Con fecha 15 de diciembre de 2016 “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” interpone reclamación en materia de contratación pública frente a la adjudicación del contrato realizada el día 1 de diciembre de 2016 que se fundamenta en las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que la oferta de “Kirolzer, S.L.” no especifica el coste de las actividades y servicios deportivos en función de la formación, materiales o instalaciones necesarias y

número de personas, por lo que al incumplir el apartado 1.2.1.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares debió ser excluida.

b) La actuación de “Kirolzer, S.L.” ha sido contraria a la buena fe ya que, en primer lugar, presentó en su oferta como responsable de la instalación a un diplomado en empresariales, pero en la reclamación interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos que fue inadmitida previamente a ésta, presentó otra persona como gerente con título de Magisterio en Educación Física, título de socorrista y EGA en euskera y al día siguiente rectificó señalando de nuevo al responsable anterior pero añadiendo que poseía la titulación de idiomas y que se le debería haber requerido subsanación. Este actuar contrario a la buena fe, buscando alterar la oferta presentada, conlleva la exclusión de la oferta y por ende la anulación de la adjudicación.

c) Que en el informe que acompaña al Acuerdo del Pleno de 1 de diciembre de 2016, para la valoración del criterio de adjudicación contenido el apartado 12.2.1.1 del pliego (Oferta de actividades deportivas), a “Kirolzer, S.L.” se le ha computado 8.865 horas y a “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” se le han deducido horas por servicios antiguos valorando únicamente 5.015 horas. Considera que esa aplicación del criterio de adjudicación es ilegal, en primer lugar porque se han valorado a “Kirolzer, S.L.” horas que no detallan el coste de la actividad, incluso los servicios de fisioterapia, nutrición y electrofitness se prevén realizar por tres trabajadores autónomos suponiendo más del 50% de la oferta total del servicio.

En segundo lugar, se ha valorado a “Kirolzer, S.L.” horas de actividades o servicios que no son deportivos o que no tienen el carácter de nuevos. Así, se le han valorado servicios que no son deportivos como fisioterapia (2.232 horas), nutrición (227 horas) o incluso electrofitness (3.072 horas) y otros que no son nuevos como el asesoramiento en la sala de musculación (500 horas). Por ello entiende que, por este tipo de servicios, se le han valorado 5.531 horas de más.

d) Que en el cómputo de las 5.015 horas atribuidas a “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” debe existir algún error, puesto que de acuerdo con su cálculo el descuento debería haber sido de 2.652,50 horas.

Así, en actividades acuáticas se han propuesto 2.219 horas y por las actividades mínimas debería haberse descontado 813 horas. En el programa de fitness se han propuesto 4.901 horas y las actividades mínimas son 3.654,50. En deporte escolar (598 horas), actividades de naturaleza (69 horas) y en eventos, seminarios, talleres y sesiones magistrales (78 horas) se deberían haber descontado todas ellas.

e) Con carácter subsidiario a las anteriores denuncia falta de claridad y precisión de los criterios de adjudicación, la falta de información sobre los elementos previos que son relevantes para los posibles licitadores y la precisión a posteriori de los criterios o la subdivisión de estos constituyen infracciones a las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación y adjudicación. En apoyo de sus tesis cita como infringidos el art. 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), la sentencias del Tribunal de Justicia de la UE Cas Succhi di Fruta y Parking Brixen, el Acuerdo 53/2014, de 16 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y el Acuerdo 4/2014, de 17 de febrero, de este Tribunal.

Entiende que existen unos criterios de adjudicación (especialmente el criterio relativo a oferta de actividades nuevas) que se contemplan en el pliego de forma imprecisa, que han generado dudas y discriminación entre los aspirantes (en concreto entre el que lleva el servicio y los que no), y que incluso no se conocen hasta el momento de su aplicación. En cuanto al criterio de actividades y servicios deportivos nuevos, el pliego y el criterio de adjudicación, entienden, no ha sido lo suficientemente claro, vista su aplicación final por la Administración, dando lugar a falta de transparencia y vulneración del principio de igualdad de trato. La falta de concreción de qué entiende por servicios deportivos, sobre todo cuáles son los mínimos, ha dado lugar a que haya incluido servicios como el de nutrición y dietética y fisioterapia, pero no los haya cuantificado y por tanto, no se hayan valorado. También incluyó, el servicio de

electrofitness tal y como se presta ahora en las instalaciones por lo que entendió que no era un servicio nuevo ni tenía carácter deportivo, por lo que no lo cuantificó.

El criterio paquetes promocionales de actividades que, según el pliego, se valorarían aquellos que el usuario pueda desarrollar el mayor número de actividades, no permite atisbar claramente qué se iba a valorar y qué se ha valorado finalmente por el Ayuntamiento.

Respecto a las posibles alegaciones de adverso de que no fue impugnado en su momento señala que en su momento los criterios de adjudicación le parecían claros y que no ha sido hasta que con ocasión de su valoración cuando se ha podido apreciar la falta de igualdad de trato y la ausencia de transparencia. Por otra parte, entiende que al tratarse de vicios de nulidad pueden impugnarse en el momento de la adjudicación del contrato citando como apoyo el Acuerdo 24/2013, de 3 de septiembre, de este Tribunal.

f) Con carácter igualmente subsidiario entiende que su oferta ha vulnerado el art. 52.2 LFCP, en la interpretación que le da el Acuerdo de este Tribunal de 23 de diciembre de 2014 (expediente 44/2014) al introducir en su propuesta técnica desgloses de costes de servicios deportivos exigidos en el pliego y que el adjudicatario no aportó, que suponen una anticipación de la oferta económica lo que entiende además que es una infracción del principio de igualdad de trato.

En consecuencia solicita que se estime su reclamación y se anule el acto de adjudicación del contrato.

TERCERO.- El 22 de diciembre de 2016 el Ayuntamiento de Estella - Lizarra aporta el expediente del contrato y presenta las siguientes alegaciones que se transcriben en síntesis:

a) Considera que no existe la causa de exclusión ya que no al ser objeto de valoración los datos no aportados que, según la reclamación fundamentarían la

exclusión, esa falta de aportación no ha tenido incidencia en la valoración final puesto que únicamente se computan las horas ofertadas por cada licitador.

b) La actuación que se denuncia como contraria a la buena fe al no haber sido admitida su pretensión no conlleva la exclusión de la oferta, sin perjuicio de que se considere que no es una actuación correcta.

c) Que los motivos de estimación del recurso de reposición se centran única y exclusivamente en el error de cálculo de las horas ofertadas, de tal forma que, el resto de los puntos asignados y que dependen del criterio de los técnicos municipales, en todo momento han estado ajustados a derecho como expresamente reconoce la reclamante en su escrito de 25 de noviembre de 2016, por lo que ahora no cabe desdecirse de esa manifestación, máxime cuando la estimación del recurso se ha debido a la existencia de un cálculo erróneo que se ha rectificado.

d) En cuanto a la falta de claridad y precisión de los criterios de adjudicación la reclamante en su escrito de 25 de noviembre de 2016 no solamente no señala esos defectos sino que rebate que los criterios tengan falta de claridad y precisión, al entender que las puntuaciones asignadas por la mesa son correctas sin que el Ayuntamiento aprecie arbitrariedad o ilegalidad.

En consecuencia solicita la desestimación de la reclamación y la confirmación del acuerdo impugnado.

CUARTO.- Previa notificación de la reclamación se persona la mercantil “Kiolzer, S.L.” y presenta con fecha 28 de diciembre de 2016 un escrito de alegaciones. En primer lugar, solicita que se le estimen las alegaciones que presentó en su día en el recurso de reposición ante el Ayuntamiento de Estella - Lizarra y que no fueron atendidas, aun cuando se le estimó el recurso y se le adjudicó el contrato. En segundo lugar, presenta alegaciones contra la reclamación en materia de contratación pública presentada por “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” y que abundan en lo ya expuesto por el Ayuntamiento de Estella recalando que tanto la fisioterapia, nutrición,

electrofitness y el asesoramiento en sala han sido considerados servicios deportivos por el Ayuntamiento y tienen estrecha relación los servicios ofrecidos con el deporte como parte preparatoria, preventiva, facilitadora o reparadora del deporte.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación y la confirmación de la adjudicación del contrato a “Kiolzer, S.L.”

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP.

La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma, por una persona legitimada y fundamentada en los motivos legalmente tasados, todo ello de acuerdo con los requerimientos del artículo 210 LFCP.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas por la entidad recurrente en su escrito de reclamación, debe realizarse una precisión sustancial en relación con el objeto de la misma.

En este sentido, se impugna a través del presente procedimiento el acto de adjudicación del contrato de gestión del Pabellón Polideportivo Municipal Tierra Estella-Lizarrerría y de las piscinas municipales del Agua Salada, a favor de “Kiolzer, S.L.”, mediante acuerdo adoptado por el Pleno de dicha Entidad Local con fecha 1 de diciembre de 2016; acto que trae causa de la estimación del recurso de reposición interpuesto frente a la adjudicación inicial del contrato identificado.

Si examinamos el acuerdo adoptado por el Pleno en la citada Sesión, se observa que el mismo resuelve, en el mismo acto, la estimación del recurso de reposición y la nueva adjudicación del contrato; cuando lo procedente hubiera sido disponer, en su caso, la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento anterior a la

adjudicación derivada de la estimación del recurso interpuesto para, posteriormente, pronunciarse sobre los efectos de la misma; máxime cuando se corrige la puntuación asignada a uno de los licitadores admitidos. Y decimos que hubiera sido lo procedente en atención, cuando menos, a que las posibles vías de impugnación no son las mismas en relación con los dos actos administrativos comprendidos en el citado acuerdo, toda vez que mientras frente a la estimación del recurso de reposición (resolutivo primero del acuerdo citado) sólo cabe la interposición de recurso de alzada ante el Tribunal Administrativo de Navarra o recurso contencioso – administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso – Administrativo de Pamplona, frente al acto consistente en la nueva adjudicación del contrato caben, además de los citados recursos, el recurso de reposición y, en su caso, la reclamación en materia de contratación pública ante este Tribunal.

En consecuencia, el presente procedimiento de impugnación se contrae, exclusivamente, al acto correspondiente a la nueva adjudicación del contrato, sin que pueda entrarse a valorar aspecto alguno relativo a la estimación del recurso de reposición en su momento interpuesto.

Sentado lo anterior, la entidad reclamante plantea en el escrito de interposición de la reclamación diversos motivos de impugnación, si bien los plantea con carácter principal y subsidiario; motivo por el cual, y en aplicación del principio dispositivo para las partes del procedimiento de impugnación, se deben examinar por el orden y según el carácter indicado en tal sentido por la parte recurrente, de manera que, adelantamos ya, únicamente se entrará en los motivos planteados con carácter subsidiario en el caso de que se resuelva la desestimación íntegra de los planteados con carácter principal.

TERCERO.- Aduce la entidad reclamante, en primer lugar, que la adjudicación recae a favor de una propuesta que debió ser excluida del procedimiento de licitación, por cuanto la oferta formulada no reúne el contenido que el PCAP determina en relación con el criterio de adjudicación correspondiente a la “oferta de actividades deportivas”, toda vez que no contiene el desglose, cuantificación horaria y calendarización de las actividades y servicios propuestos ni especifica el coste de las actividades y servicios de

que se trate en función de la formación, materiales o instalaciones necesarias y número de personas.

La entidad contratante indica, sobre este extremo, que la aportación de la documentación citada hubiera tenido el carácter de subsanable, de forma que al no haber sido requerida en la tramitación del expediente no puede, en este momento, considerarse como causa de exclusión.

La tercera interesada alega, por su parte, que la documentación indicada sí figura en la oferta presentada.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de septiembre de 2009 recuerda que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación. Por su parte, el artículo 45.1 LFCP, establece que *“En todo procedimiento de licitación se fijarán previamente los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, en sus aspectos, jurídicos, administrativos y económicos, que se denominarán pliegos de cláusulas administrativas particulares, salvo las especialidades previstas en la presente Ley Foral”*. En desarrollo de esta previsión, conforme al artículo 52 del mismo cuerpo legal las proposiciones de los interesados se presentarán conforme al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Finalmente, y en atención a dicho carácter, el PCAP del contrato que nos ocupa, determina en su cláusula 8.1 que *“La presentación de las proposiciones presume por parte del empresario la aceptación incondicional de este Pliego, y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con el Ayuntamiento de Estella - Lizarra”*.

Así pues, los licitadores deben presentar sus proposiciones en la forma y con los requisitos que en cada caso determinen los pliegos, y dicha presentación presume la aceptación de sus cláusulas sin salvedad alguna.



El citado artículo 52 LFCP establece que *“Las proposiciones de los interesados serán secretas hasta el momento de su apertura, se presentarán por escrito, conforme al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y se acompañarán, en sobre aparte, de la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia del licitador”*; añadiendo en su apartado cuarto que *“En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, si la Administración considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de los licitadores, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez.*

*Las facultades de aclaración no podrán ejercitarse respecto del precio ofertado, salvo en aquellos casos en que éste venga referido a una fórmula, ecuación o similar, en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integran”.*

Por su parte, el artículo 54 del mismo cuerpo legal al regular la documentación a presentar para la capacidad y solvencia de los licitadores indica que *“Si la documentación aportada fuera incompleta u ofreciese alguna duda se requerirá al licitador que complete o subsane los certificados y documentos presentados para acreditar la capacidad y la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, otorgándole un plazo, según las circunstancias, de entre cinco y diez días”.*

La regulación transcrita diferencia entre la subsanación de la documentación relativa a la capacidad y solvencia de los licitadores (artículo 54 LFCP) y la posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas (artículo 52 LFCP), que operan en momentos diferentes del procedimiento de licitación: la primera en la fase inicial de la admisión de la proposición y la segunda, una vez admitida, sobre el contenido propio de la oferta formulada que, en caso de no solventarse puede derivar en el rechazo de la misma; encontrándonos, en el caso que nos ocupa, en el segundo de los supuestos citados, toda vez que la alegación realizada versa sobre la consideración, por parte de la recurrente, de que la documentación técnica presentada por el adjudicatario es incompleta.

La Sentencia de 29 de marzo de 2012 (Asunto C- 599/10, SAG ELV Slovensko a.s.) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo objeto es la interpretación de una serie de artículos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, señala, entre otras cuestiones, que ‘en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato’. Si bien, viene a reconocer la posibilidad de aclaración y subsanación, al señalar que el artículo 2 de la Directiva no se opone a que *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”*. Esta línea doctrinal aparece respaldada en la Sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2009 (Asunto T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV), que señala que es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime las ofertas sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones: *“Ello sucede, en particular, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente”*.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto T-195/08) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la contradicción (ambigüedad) del contenido de las ofertas que pueden explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, señalando que: *Además, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, National Farmers’ Union y otros, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 60)*. Este

*principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste.*

La propia Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece en su artículo 56.3 que *“Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia”.*

En todo caso, la valoración de oportunidad y legalidad de esta posibilidad compete, caso por caso, a la Mesa de contratación (por todas, Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 33/2014, de 25 de marzo y 39/2015, de 28 de mayo), que deberá concretar qué defectos de la documentación presentada por los licitadores se hallan dentro de los conceptos “oscuridad o inconcreción” y cuáles implican modificar su oferta y atentan al principio de igualdad.

Así las cosas, la cláusula 8.2 del PCAP regulador del contrato que nos ocupa, al regular la forma y contenido de las proposiciones, establece que *“FORMA Y CONTENIDO DE LAS PROPOSICIONES” (...)* *SOBRE N°2 PROPUESTA TECNICA. Documentación propia y específica de la gestión del servicio que como mínimo debe incluir:*

- *Descripción del programa que detalle las actividades a realizar, especificando calendario y horario de las mismas, diferenciando las*

*actividades de obligado cumplimiento, incluidas en el pliego de prescripciones técnicas y las nuevas incluidas por el licitador.*

- *Recursos humanos: organización del personal y tareas; perfil laboral y profesional de los trabajadores; Plan de Formación y reciclaje de los mismos. Acreditación de conocimiento de idiomas por parte del personal a contratar. Indicación en la oferta de la persona que figurará como director e interlocutor ante el Ayuntamiento.*
- *Descripción del plan de utilización y del plan de mantenimiento en el que se recojan, las funciones y tareas de todo el personal adscrito a la instalación. Deberá hacerse referencia al plan de mantenimiento preventivo, que contemple todos los elementos de la instalación. Contendrá un protocolo de acciones a realizar periodicidad, responsable del seguimiento y registro de actuaciones, así como una propuesta anual de actuaciones concretas de conservación de la instalación.*
- *Descripción del plan de mantenimiento correctivo de las instalaciones y elementos especificando el tipo de actuaciones, periodicidad y personal dedicado a estas labores.*
- *Descripción del plan de limpieza de los diferentes espacios e instalaciones, especificando el tipo de actuaciones, periodicidad y personal dedicado a estas labores.*
- *Oferta de mejoras a las condiciones de explotación propuestas en este pliego.*
- *Herramientas a utilizar en la captación de abonados.*
- *Plan de Igualdad.*
- *Descripción del plan de autocontrol.*
- *Toda aquella otra documentación que sirva como base para la valoración según criterios establecidos en este Pliego”.*

Por su parte, la cláusula 12.2.1 del PCAP relativa la criterio de adjudicación “Ofertas de actividades deportivas” añade, al respecto, que “*Se presentará un desglose, cuantificación horaria y calendarización de las actividades y servicios deportivos propuestas especificando su coste en función de las formación de la persona a impartir,*

*los materiales o instalaciones necesarias, el número de personas para las que se prevé la actividad y breve descripción de las mismas”.*

En consecuencia, los licitadores deben incluir en el sobre número 2, tal y como indica el reclamante, la documentación precisada en la cláusula 12.2.1 del PCAP; extremos que, al parecer, no contenía la oferta del adjudicatario, toda vez que así lo reconoce el Ayuntamiento en su escrito de alegaciones.

En este sentido, la omisión de documentación precisada en el PCAP para la valoración de los criterios de adjudicación se atribuye a la falta de diligencia del licitador al elaborar la proposición presentada, lo que puede tener incidencia en la valoración que del criterio se realice, pero no determina, de manera automática, su exclusión del procedimiento; debiendo ser valorado, en cada caso, la procedencia o no de solicitar aclaraciones, así como, en caso de ser necesario, la obligación de observar los límites a ello impuestos por la normativa antes citada que no son otros que, por tratarse de un procedimiento de concurrencia competitiva, la imposibilidad de modificar la oferta formulada; tal y como apunta la Sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea “(...) *los candidatos afectados no pueden quejarse de que el órgano de contratación no tenga obligación de pedirles aclaración sobre su proposición ‘la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos’*”.

Así las cosas, este Tribunal no puede compartir la consecuencia que de ello pretende la reclamante, que no es otra que la procedencia de excluir la oferta del adjudicatario por tal motivo, y ello toda vez que es, tal y como se ha indicado, una facultad de la mesa de contratación valorar si la falta de la documentación citada tiene incidencia suficiente en orden a solicitar aclaraciones; extremo que, en el caso que nos ocupa, se consideró innecesario por cuanto, según indica el Ayuntamiento en su escrito de alegaciones al no ser objeto de valoración los datos no aportados por el licitador, su falta de aportación no ha tenido incidencia en el resultado de la valoración, toda vez que en dicho apartado se tiene en cuenta únicamente el número de horas, tal y como se

comunicó mediante correo electrónico remitido, en fecha 21 de julio de 2016, desde el área de deportes del Ayuntamiento al ahora reclamante en respuesta a una consulta formulada durante el plazo de presentación de proposiciones relativa precisamente a que en este apartado *“el único criterio valorable en la valoración de las horas ofertadas??????. Independientemente de que se presente lo que se pide: calendario, desglose de horas, servicios deportivos...”*; respuesta en la que se le manifestó que *“Se valora el tema de las horas de actividades y servicios, aunque es cierto que se solicita más documentación”*.

En consecuencia, la falta de relevancia de la documentación que el adjudicatario no aportó en el sobre número 2 determina la innecesariedad de solicitar aclaración alguna al respecto y, resultando, por tal motivo, ajustada a derecho la decisión adoptada por la mesa de contratación en el sentido de no rechazar la oferta correspondiente; motivo por el cual procede la desestimación del argumento en tal sentido realizado por el reclamante.

Asimismo, no procede atender el segundo de los motivos de impugnación aducido por la reclamante, relativo a la actuación del adjudicatario contraria a la buena fe en la designación del personal responsable de la instalación. Indica en este sentido, que con ocasión de la reclamación en materia de contratación pública que interpuso el actual adjudicatario frente a la adjudicación inicial del contrato (inadmitida por Acuerdo de este Tribunal 55/2016) señaló un responsable de la instalación distinto al que había identificado en la oferta; extremo sobre el que la tercera interesada indica que obedeció a un error involuntario y de ahí su subsanación mediante escrito dirigido a este Tribunal con fecha 30 de septiembre de 2016.

Sin embargo, lo cierto es que, según señala el propio reclamante y el Ayuntamiento, dicha manifestación fue subsanada en el seno del propio procedimiento de reclamación citado, de forma que ninguna modificación de la oferta se ha realizado con posterioridad a la presentación de la proposición en el seno del procedimiento de contratación.

CUARTO.- Señala el reclamante la incorrecta aplicación de uno de los criterios de adjudicación previstos en el PCAP, concretamente el criterio de adjudicación relativo a “Oferta de actividades deportivas”. Afirma, en este sentido, que al adjudicatario le valoran horas que responden a actividades o servicios no nuevos, así como horas que incumplen las exigencias del PCAP respecto a este concreto criterio de adjudicación, e indica que el cómputo de horas que se realiza de su propia oferta tampoco se ajusta al pliego.

El Ayuntamiento, en su escrito de alegaciones apunta la legalidad de las valoraciones de las distintas ofertas realizadas por la mesa de contratación, e indica que la estimación del recurso de reposición de la que trae causa la nueva adjudicación del contrato ahora impugnada obedece única y exclusivamente a la apreciación de un error en el cálculo de las horas ofertadas.

La tercera interesada, por su parte, estima correcta la valoración del criterio de adjudicación realizada por la mesa de contratación, y sostiene que la ahora reclamante en las alegaciones formuladas en el procedimiento del citado recurso de reposición así lo entendió, de forma que no puede admitirse que ahora, con ocasión de la reclamación interpuesta, vaya contra sus propios actos.

Expuestas las posiciones de las partes, debe precisarse, en primer término, la improcedencia de entender que el hecho de que la reclamante cuestione la valoración de uno de los criterios de adjudicación realizada en relación con la oferta del adjudicatario supone ir contra sus propios actos por el hecho de que en el procedimiento sustanciado para la resolución del recurso de reposición en su momento interpuesto por el actual adjudicatario sostuvo la legalidad de la valoración técnica realizada; y ello por cuanto, además de que los motivos alegados en dicho recurso difieren de los que se ponen de manifiesto en el presente procedimiento, la posición del reclamante es sustancialmente distinta, toda vez que en dicho recurso de reposición ostentaba la condición de tercer interesado por haber resultado el adjudicatario inicial del contrato, de manera que su intervención en la misma se situaba del lado de la entidad contratante.

Sentado lo anterior, la reclamante señala, como se ha indicado, la incorrecta aplicación de uno de los criterios de adjudicación, motivo por el cual procede analizar si la valoración del mismo resulta contraria al PCAP, tal y como apunta el escrito de reclamación presentado.

Hay que comenzar recordando que la valoración de una oferta técnica mediante la aplicación de los criterios de adjudicación regulados en los pliegos conlleva, a menudo, una valoración subjetiva o de juicio de valor, siendo la entidad contratante la competente para interpretar el modo adecuado de aplicar dichos criterios de adjudicación conforme al tenor del condicionado.

Sin embargo, ostentando la entidad contratante, 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 concurran a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, 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 se puso también de manifiesto también por este Tribunal en los Acuerdos 46/2013, de 28 de noviembre o 23/2015, de 27 de marzo, 51/2013, entre otros.

En este punto es preciso traer a colación la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores, sobre la que el Tribunal Constitucional en Sentencias 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo, sostiene que *“la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad*



*de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad". Añadiendo que "Como se desprende de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional (por todas, STC 86/2004, de 10 de mayo), lo que no pueden hacer los tribunales de justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadoros".*

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

En definitiva, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 41/2016, de 26 de julio, *“no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la licitación, y menos aún sustituirse por la opinión técnica formulada por una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación..... Consecuencia de lo dicho es que en este caso únicamente corresponde al Tribunal comprobar que no ha habido arbitrariedad, ni un error patente, ni irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración técnica y que esta valoración se encuentra suficientemente motivada en el expediente”*. Motivación que tal y como refleja el FJ 5º de la Sentencia de 4 de junio de 2014 *“Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada.”*

Por tanto, se impone examinar la cláusula decimosegunda del pliego que, en relación a la cuestión debatida, regula los criterios de adjudicación: *“12.2 PROPUESTA TECNICA (hasta 80 puntos). 1.- OFERTA DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS: 34 puntos. 1.1.- Otorgándose la mayor puntuación a la empresa que ofrezca mayor tiempo (horas) en actividades y servicios deportivos nuevas no incluidas en el PPT a realizar en las instalaciones que sean para el uso y disfrute de los diferentes sectores de la población, asignándose al resto la puntuación de forma inversamente proporcional. Se presentará un desglose, cuantificación horaria y calendarización de las actividades y servicios deportivos propuestas especificando su coste en función de las formación de la persona a impartir, los materiales o instalaciones necesarias, el número de personas para las que se prevé la actividad y breve descripción de las mismas”*.

Sostiene la reclamante como uno de los motivos de impugnación que, en aplicación del citado criterio de adjudicación, al actual adjudicatario se le han valorado horas correspondientes a servicios que no pueden ser calificados de deportivos (que son

los relativos a fisioterapia, nutrición e, incluso, electrofitness) y otros que no son nuevos (asesoramiento en sala de musculación).

El escrito de alegaciones del Ayuntamiento se remite, sobre este concreto extremo, al informe jurídico elaborado en orden a la resolución del recurso de reposición interpuesto en su momento; y la tercera interesada señala que se trata de disciplinas que coadyuvan y están directamente relacionados con el deporte.

Así pues, la cuestión suscitada se ciñe a una interpretación de las cláusulas del pliego - admisión o no de los servicios citados y su posible valoración en aplicación del criterio de adjudicación previsto en el pliego -, siendo necesario destacar que, sobre la interpretación de los contratos en general y sobre la de los contratos públicos en particular ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia en múltiples ocasiones y en las resoluciones de este Tribunal hemos recogido reiteradamente sus pronunciamientos. No podemos olvidar que los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la LFCP y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil.

En este sentido cabe citar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación de manera que no pueden alterar unilateralmente sus cláusulas en perjuicio de los licitadores y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato – en este caso, el pliego - son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, recogiendo así el principio “in claris non fit interpretatio” (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982), y el 1.288 que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos se haga en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito un contrato –en este caso para cualquiera de los licitadores puesto que es necesario respetar el principio

de concurrencia-, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien la ha ocasionado (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en sentencias como las de 2 noviembre 1976, 11 octubre y 10 noviembre de 1977, 6 febrero y 22 de junio de 1979 y 13 abril y 30 mayo de 1981).

Asimismo, la Jurisprudencia (por todas, Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009) se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

El PCAP que rige la contratación dispone la valoración del mayor número de horas en “actividades o servicios nuevas no incluidas en el PPT” a realizar en las instalaciones que sean para el uso y disfrute de los diferentes sectores de la población, asignándose al resto la puntuación de manera proporcional.

La cuestión debatida se centra en si las actividades de fisioterapia, nutrición e incluso electrofitness, ofertadas por el adjudicatario constituyen actividades o servicios deportivos nuevos a los efectos de lo dispuesto en el pliego o, por el contrario, por no reunir tal carácter no pueden ser objeto de valoración en este concreto apartado.

Una primera aproximación al criterio de adjudicación discutido nos permite afirmar que la oferta de actividades deportivas a valorar con base en el criterio de adjudicación que nos ocupa, deben reunir dos condiciones: ser deportivas y distintas de las previstas en el PPT como obligatorias.

En este sentido, el PPT dice en su cláusula 1.2.2. “*PROGRAMA DE SERVICIOS Y ACTIVIDADES DEPORTIVAS. 1.2.2.1. Impartición de Actividades Deportivas. El adjudicatario o adjudicataria prestará todos los servicios que puedan llevarse a cabo*

*en las instalaciones, a cuyo efecto promocionará, organizará y dirigirá todas las actividades que tenga por conveniente y que sean congruentes con las mismas. El adjudicatario organizará y desarrollará cuantas actividades físico-deportivas estime convenientes y en todo caso, se comprometerá y asumirá como mínimo: (...)*

*b) La coordinación de cuantas actividades sean organizadas en el Pabellón Polideportivo Municipal Tierra Estella – Lizarreria. (...)*

*c) La elaboración el programa de actividades físico deportivas para los/as abonados/as y usuarios/as del servicio procurando atender las necesidades de los diferentes sectores de la población. Estableciendo programas de iniciación a la práctica de la actividad física, fitness, tercera edad y personas discapacitadas (cursos en el medio acuático y en los diferentes espacios deportivos y salas polivalentes).*

*d) Divulgará la oferta deportiva a toda la población de Estella – Lizarra, sean o no abonados a las instalaciones; fijándose precios diferentes para abonados y no abonados.(...)*

*g) A cumplir como mínimo con la propuesta de programa presentado en el presente pliego.*

*h) Los programas de actividades deberán ser informados a la Comisión de Seguimiento, siempre que sea posible antes de su realización.(...)*

*j) Así mismo dentro de este marco promoverá y organizará las actividades de manera coordinada con el Ayuntamiento de Estella – Lizarra y llevará a cabo la campaña de natación escolar en horario lectivo. (...)*

*p) La promoción y desarrollo de actividades deportivas de interés, bien por iniciativa de la adjudicataria, bien por iniciativa del Ayuntamiento.(...)*

*r) Las actividades mínimas que se deben realizar, salvo que no haya demanda, son: Zumba, Step, Cycling, Pilates, Entrenamiento en fuerza, Cursos de natación infantil y adultos, y cursos para verano: cursos de natación intensivos”.*

Debe partirse de la premisa de que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora, de forma que la función de dichos criterios es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la

STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios.

Los pliegos de un procedimiento de licitación constituyen un conjunto de normas, y así, para conocer el significado de una cláusula, es necesario considerarla con aquellas otras relacionadas con la misma. En este caso, una interpretación sistemática del pliego permite afirmar que dicho criterio hace referencia a las actividades deportivas - entendidas como aquellas que suponen la práctica de una disciplina deportiva -a ofertar a los usuarios, máxime cuando conforme a lo dispuesto en la cláusula primera del PPT el fin de las instalaciones deportivas no es otro que la práctica deportiva y la actividad física. Y ello, además, por la directa referencia a las actividades deportivas que el PPT contempla como de prestación obligatoria y, por ello, no son objeto de valoración en este apartado, pero que ostentan un parámetro de comparación que sirve para identificar qué es lo que el órgano de contratación entiende que aporta un plus a las prestaciones definidas como mínimas y con las que, por ello, las ofertadas como nuevas deben guardar relación.

Dicho de otro modo, el hecho de que el parámetro a considerar por los licitadores al elaborar su oferta de actividades deportivas sea las que son obligatorias según el PPT, que conforman la parrilla habitual de actividades deportivas que ofrecen este tipo de instalaciones, supone entender que el criterio va referido a la oferta de actividades distintas a éstas, pero similares en concepto, que se oferten en otras instalaciones y que pueden incrementar el número de usuarios (pilates máquinas, bodypump, crossfit, entrenamiento en suspensión, etc) o, en su caso, el grado de satisfacción de los mismos por contar con una oferta mayor de actividades deportivas a practicar . Abunda en ello, además, la previsión del propio criterio de adjudicación en el sentido de requerir la aportación, en orden a la aplicación del mismo, de la calendarización de las actividades ofertadas, el coste de la persona que la imparta y número de personas a las que van destinadas.

La interpretación de este Tribunal, desde un punto de vista sistemático, viene, en este caso reforzada por una interpretación lógica de la cláusula. Así, partiendo del concepto de actividad deportiva como actividad física, y teniendo en cuenta que el objeto del contrato es la gestión de un polideportivo destinado a la práctica deportiva, es posible afirmar que las mismas serán las clases de las distintas disciplinas deportivas que se pueden impartir en este tipo de instalaciones. De acuerdo con ello, carece de lógica el que se puedan admitir como actividades o servicios deportivos aquellas prestaciones que, si bien están relacionadas con la práctica del deporte, no constituyen en sí mismas actividades deportivas como tales, por cuanto ello desvirtúa el citado concepto, habida cuenta que supondría admitir la oferta de cualesquier servicio o actividad por el hecho de su prestación en las propias instalaciones sin tener en cuenta que la finalidad intrínseca del contrato es facilitar en las mismas la práctica de actividades deportivas.

En consecuencia, asiste razón al reclamante cuando indica que no deben ser objeto de valoración las horas ofertadas por el adjudicatario de fisioterapia y nutrición, por ejemplo; toda vez que tratándose de servicios que si pueden estar relacionados con la práctica de deporte no constituyen actividades deportivas a practicar por los usuarios.

La conclusión alcanzada aparece avalada en el propio expediente administrativo remitido a este Tribunal; concretamente en el informe jurídico emitido en el procedimiento del recurso de reposición, donde se expone que *“A propuesta de la técnica de deportes, y en atención al objeto del contrato como de lo señalado en el propio punto del pliego, la mesa consideró únicamente las ofertas de horas de aquellas actividades atendidas por monitores en la propia instalación”*. Es decir, la mesa de contratación, entendió que la oferta de horas de los licitadores debía ir referida a actividades deportivas desarrolladas con monitor, es decir, las clases a impartir de disciplinas diferentes a las indicadas como mínimas en el PPT; y no sólo eso sino que se dispuso que las mismas debían desarrollarse en las propias instalaciones (tal y como se manifiesta en la aclaración en tal sentido trasladada al adjudicatario). Es más, dicha interpretación es consentida por los licitadores, puesto que no cuestionan que por no

reunir dichas condiciones no son objeto de valoración otras actividades por ellos ofertadas.

Empero, si bien es lógica la interpretación de la mesa de contratación en este extremo y además está sustentada en la literalidad del propio criterio de adjudicación – de ahí la exigencia de presentar la documentación relativa al personal que las va a impartir y materiales necesarios a antes referida - lo cierto es que su aplicación no ha resultado conforme al mismo. Y ello, habida cuenta que los servicios de nutrición y fisioterapia no reúnen, de suyo, la condición referida de ser prestadas por monitor; motivo por el cual dichas horas tampoco debieron ser objeto de valoración; es más, expone el reclamante que en su oferta técnica se comprenden estos servicios pero no en este apartado por no ser actividades deportivas en el sentido previsto en los pliegos.

Pues bien, aplicando el mismo razonamiento, no asiste razón al reclamante cuando afirma que la actividad de electrofitness tampoco debe ser valorada por no ser una actividad o servicio deportivo de carácter general o grupal, por cuanto dicha actividad sí que constituye un entrenamiento deportivo que debe realizarse bajo la supervisión de personal expresamente cualificado en esta técnica; motivo por el cual dicha actividad reúne las condiciones establecidas por la entidad contratante en los pliegos, donde, por otro lado, no se excluye la oferta de actividades deportivas que deban ser impartidas con carácter personalizado.

Alega, asimismo, que la oferta del adjudicatario contempla un monitor de sala de musculación que no debe computarse por cuando no es una actividad o servicio deportivo nuevo, por cuanto entre las actividades mínimas contempladas en el PPT se incluye el entrenamiento con fuerza. Sin embargo, no cabe confundir el entrenamiento con fuerza a desarrollar por los usuarios en la sala de musculación, con el servicio de disponer en ella de un monitor para la elaboración, supervisión y ayuda a los usuarios en la realización de las distintas rutinas.

Así las cosas, la Sentencia del TJUE, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria TJUE), pone de



manifiesto que “(...) los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43)”

Este Tribunal debe recordar, que el artículo 21 LFCP establece como uno de sus fines, el de garantizar el principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos, al disponer 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”. Este principio de igualdad de trato es de tal relevancia que bien puede considerarse la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como se ha puesto de relieve en las Sentencias TJUE de 12 de diciembre de 2002 (Universale-Bau y otros), y de 19 de junio de 2003 (GAT). Manifestaciones particulares de este principio son que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica), que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y que tanto en la interpretación a lo largo de todo el procedimiento, como en la evaluación las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (Sentencia de 18 de octubre de 2001 (SIAC Construction)).

El principio de igualdad de trato implica, por tanto, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera (STJUE de 16 de septiembre de 2013). Por ello, como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis), una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o

subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Y ello porque se quiebra el fundamento del principio de transparencia, que obedece a la finalidad de que los licitadores puedan tener una correcta estrategia a la hora de presentar sus ofertas. Por igual razón, resulta inadmisibles que la concreta aplicación de un mismo criterio de adjudicación difiera, como en el caso que nos ocupa, de unas ofertas a otras presentadas, en el mismo procedimiento, por los distintos licitadores.

Sentado lo anterior, debe repararse en que la reclamante, en relación con el citado criterio de adjudicación, aduce un error en cómputo de las horas de su propia oferta; señalando, la entidad reclamante que la estimación del recurso de reposición del que deriva la nueva adjudicación del contrato, obedece, exclusivamente, a la corrección de un error aritmético sobre tal extremo.

Sin embargo, el informe jurídico al que se remite el informe de alegaciones aportado por la entidad contratante no se desprende tal conclusión. No cabe, en este sentido, confundir, error aritmético- cuya apreciación y subsanación se evidencia por el propio expediente sin necesidad de valoración adicional alguna – con una errónea aplicación de un criterio de adjudicación; y ello a la vista de la doctrina jurisprudencial sobre los errores materiales, de hecho o aritméticos , por todas Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 2011, que afirma lo siguiente: *“los simples errores materiales, de hecho o aritméticos son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones. Tales errores materiales aluden, por consiguiente, a meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente de toda opinión, criterio o calificación, al margen, pues, de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica valorativa”*.

Pero es más, ni siquiera se identifica claramente el error que se supone se subsana en el propio acuerdo y que determina la nueva adjudicación, toda vez que el informe jurídico dice textualmente que *“Examinada la documentación del expediente, y practicadas las operaciones de comprobación, efectivamente se ha observado que mientras de la oferta de KIROLER, S.L. se detrajeron 2.104 horas correspondientes a las actividades que el pliego señala como obligatorias, en la oferta de GESPORT Gestión Deportiva S.L. no se ha realizado la misma operación, limitándose el informe a eliminar de la oferta las 5.515 horas de sesiones virtuales. Del cuadro de la oferta de GESPORT Gestión Deportiva S.L. resulta más complicado calcular el número correcto de horas a detraer, pero sí a la inversa se respetasen las horas de KIROLZER, S.L., restando únicamente lo relativo al sistema “MY VITALE”, es claro que teniendo en cuenta las 10.969 horas frente a las 8.865 consideradas la puntuación en ESPE apartado varía de forma sustancial. (...) Es por ello que con desestimación de los motivos de oposición presentados por GESPORT Gestión Deportiva, procede estimar el recurso en este punto detrayendo de la oferta de GESPORT Gestión Deportiva S.L. un total de 1.850 horas que la propia empresa considera como “antiguas” o correspondientes a actividades obligatorias en los términos de la oferta presentada (...)”*.

En consecuencia, el propio informe reconoce la dificultad existente en orden a verificar el número de horas a detraer para subsanar el error advertido; error que, además, consiste en la aplicación de un criterio de adjudicación, excediendo de un mero error aritmético, cuyo alcance no queda acreditado y que debió suponer, en su caso, la estimación del recurso de reposición con retroacción de las actuaciones al momento de la valoración para así identificarlo y, en caso de ser posible, proceder a su corrección.

Por tanto, se advierte que no se han valorado correctamente las ofertas presentadas en aplicación de este criterio de adjudicación. La valoración es errónea, lo que conduciría a la necesidad de retrotraer las actuaciones al momento anterior a la valoración técnica para volver a valorar las ofertas en lo relativo a este criterio de adjudicación, motivando adecuadamente la atribución de puntos que se efectúe. No

obstante lo anterior, dado que se han abierto las propuestas económicas (sobre nº 3), por mor del principio de transparencia y no discriminación, y sin perjuicio de que la forma de asignar la puntuación del citado criterio de adjudicación sea, conforme al pliego, una fórmula, en atención a las circunstancias concurrentes relativas a la imposibilidad de determinar con certeza, entre otros extremos, la correcta valoración de la oferta de la recurrente en aplicación de este criterio de adjudicación y el margen de apreciación que, inherente a la formulación del mismo en el pliego, ostenta la entidad contratante en su aplicación, determina que, conociéndose ya las ofertas económicas, deba anularse el procedimiento de adjudicación realizado; sin necesidad, en consecuencia, de analizar el resto de motivos de impugnación expuestos en el escrito de reclamación formulado.

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 la mercantil “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” contra la adjudicación del contrato de gestión del Pabellón Polideportivo Municipal Tierra Estella-Lizarreria y de las piscinas municipales del Agua Salada efectuada por el Ayuntamiento de Estella/Lizarra, anulando el citado acuerdo adjudicación, y declarando la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este acuerdo a “Gesport Gestión Deportiva, S.L.”, al Ayuntamiento de Estella/Lizarra, así como al resto de 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, a 10 de marzo de 2017. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.  
EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.