



Expediente: 5/2024

ACUERDO 12/2024, de 1 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don R. L. M. frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ribaforada, de 23 de enero de 2024, por el que se adjudica a GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L. la gestión de las instalaciones y actividades deportivas municipales del citado Ayuntamiento.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de diciembre de 2023, el Ayuntamiento de Ribaforada publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del “*Contrato de servicios gestión instalaciones deportivas*”.

A dicho contrato concurrieron los siguientes licitadores:

- GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L.
- R. L. M.
- ALSG SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de enero de 2024, la Mesa de Contratación abrió el sobre A “Documentación administrativa” presentado por los licitadores, constatando que dicha documentación era correcta.

En la misma fecha procedió a la apertura del sobre B “Documentación relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas”, realizándose la valoración de las ofertas y asignándose las siguientes puntuaciones:

- GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L.: 40 puntos
- R. L. M.: 10 puntos
- ALSG SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U.: 10 puntos

Asimismo, con fecha 11 de enero procedió a abrir y valorar las ofertas contenidas en el sobre C “Documentación relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas”, atribuyendo las siguientes puntuaciones:

- GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L.: 54,59 puntos
- R. L. M.: 57,5 puntos
- ALSG SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U.: 49,39 puntos

Las puntuaciones totales atribuidas a las ofertas fueron las siguientes:

- GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L.: 94,59 puntos
- R. L. M.: 67,5 puntos
- ALSG SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U.: 59,39 puntos

Vistas dichas puntuaciones, solicitó a GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L. la presentación de la documentación prevista en la cláusula 13 del pliego.

El 22 de enero la Mesa de Contratación examinó la documentación aportada, considerándola correcta y formulando la propuesta de adjudicación del contrato a su favor.

Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ribaforada, de 23 de enero, se adjudicó el contrato a GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L.

La notificación de dicho acuerdo a don R. L. M. se produjo el 24 de enero.

Con fecha 29 de enero, don R. L. M. solicitó al órgano de contratación *“el acceso al expediente del contrato y en especial a la totalidad de la documentación contenida en las ofertas presentadas”*.

El órgano de contratación remitió a los otros dos licitadores, con fecha 30 de enero, una petición al objeto de que indicaran *“qué documentación de la incluida en el sobre B de su oferta considera confidencial y que no debería facilitarse al licitador que la ha solicitado”*.

El mismo 30 de enero GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L. contestó a dicha petición señalando que *“de la documentación del SOBRE B tiene la naturaleza de confidencial todo documento aportado en relación al programa informático y app para gestión de control de acceso digitalizado. En concreto, tanto el compromiso de utilización de la aplicación como el documento de explicación de la misma”*.

La empresa ALSG SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U. no contestó al requerimiento realizado.

Con fecha 31 de enero se remitió a don R. L. M. un escrito donde se señala que *“En relación con su solicitud de acceso a los sobres B del resto de licitadores, se ha preguntado a éstos qué parte de su oferta incluida en el citado sobre considera confidencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que se refiere a la confidencialidad y sigilo.*

*Al respecto, el licitador adjudicatario ha indicado “que de la documentación del sobre B tiene la naturaleza de confidencial todo documento aportado en relación al programa informático y app para la gestión de control de acceso digitalizado...”*

*Por tanto, no puede facilitársele la documentación que se indica como confidencial, pero en relación con el expediente de referencia, tiene a su disposición las Actas de la Mesa de Contratación de dicho expediente, que se publicarán en el Portal de Contratación de Navarra cuando se publique la adjudicación del contrato una vez formalizado éste”*.

TERCERO.- Con fecha 2 de febrero de 2024, don R. L. M. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de adjudicación del contrato, alegando la absoluta falta de motivación del mismo, el cual se

limita a reseñar la puntuación obtenida por cada licitador, con infracción del artículo 100.3 de la LFCP.

Asimismo, señala que solicitó al Ayuntamiento el acceso al expediente para poder constatar la citada motivación, acceso que le ha sido negado incluso en la parte de la oferta presentada por el adjudicatario no declarada confidencial.

Alega que el Ayuntamiento no puede ampararse ni siquiera en la llamada motivación “in aliunde” ya que, siendo cierto que en el acuerdo se menciona un acta, no lo es menos que ni tal informe consta transcrito en el acuerdo, como es obligatorio, ni siquiera el recurrente ha tenido acceso al mismo en la plataforma de contratación, con lo que queda en completa indefensión para poder conocer las razones de la adjudicación y poder impugnarla.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se anule la licitación, debiendo efectuarse una nueva licitación de este contrato. Igualmente, solicita que antes de resolver la reclamación se le confiera plazo para formular sucintas alegaciones. Por último, solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento y, subsidiariamente, la suspensión del acuerdo.

CUARTO.- Con fecha 6 de febrero el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente y presentó un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, donde manifiesta lo siguiente:

1ª. Que el acuerdo de adjudicación se efectuó de conformidad con la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación, por lo que la motivación se incluye en las actas de la Mesa que otorgaron las puntuaciones que se indican en el citado acuerdo, siendo la oferta del adjudicatario la de mayor puntuación.

2ª. Que el reclamante solicitó acceso a las ofertas presentadas, en concreto al sobre B, por lo que se preguntó al resto de licitadores qué parte de su oferta consideraban confidencial. Una vez obtenida respuesta por uno de los licitadores, se le contestó que no podía facilitársele la documentación que se indica como confidencial

*“pero en relación con el expediente de referencia, tiene a su disposición las Actas de la Mesa de Contratación de dicho expediente, que se publicarán en el Portal de Contratación de Navarra cuando se publique la adjudicación del contrato una vez formalizado éste”*. Por tanto, si una vez recibida la contestación a su solicitud hubiera solicitado las actas de la Mesa de Contratación, se le habrían facilitado.

3ª. Que no se ha rechazado ninguna oferta y se señaló el plazo de la suspensión de la adjudicación, indicándose en la notificación de la adjudicación los medios de impugnación que procedían.

Concluye que, por lo expuesto, entienden suficientemente motivado el acuerdo de adjudicación ya que se efectúa de conformidad con la propuesta de la Mesa de Contratación.

QUINTO.- Con fecha 6 de febrero se requirió al órgano de contratación que procediera a completar y subsanar el expediente de contratación remitido, lo cual hizo el 7 de febrero.

SEXTO.- Con fecha 7 de febrero se concedió al reclamante el acceso al expediente, con carácter previo a la formulación de alegaciones para completar su reclamación, durante un plazo de tres días hábiles.

El reclamante formuló nuevas alegaciones el 12 de febrero, manifestando lo siguiente:

1ª. Que sigue sin darse cumplimiento a la motivación “in aliunde”, dado el error existente en el acuerdo recurrido al citar un acuerdo de la Mesa de Contratación que no es el correcto, por cuanto no contiene la valoración de las ofertas.

2ª. Que la declaración de confidencialidad de la oferta por parte del adjudicatario infringe lo establecido en el artículo 54 de la LFCP.

Señala que el adjudicatario declara confidencial el programa informático, siendo obvio que dicho proyecto no forma parte de su estrategia empresarial por cuanto la informática en cualquier empresa es un medio de facilitar el trabajo, pero nunca puede formar parte de la estrategia empresarial, salvo que la empresa tenga por objeto realizar trabajos informáticos, que no es el caso.

Alega que, además, el adjudicatario no declaró confidencial el plan cuando presentó la oferta, como es obligatorio, sino que lo hizo sólo cuando el reclamante solicitó la entrega de su oferta.

Manifiesta que la ausencia de conocimiento del programa informático del adjudicatario prácticamente imposibilita poder examinar el acierto de la Mesa de Contratación.

Solicita, por ello, que este Tribunal considere que dicho programa no es confidencial, debiendo ser entregado al reclamante para formular alegaciones sin que se le cause indefensión, facilitando después nuevo plazo de alegaciones.

3ª. Que la atribución de 0 puntos a su oferta en lo relativo a dicho programa informático carece objetivamente del menor fundamento.

Manifiesta que la literalidad del pliego no deja la menor duda de que al presentar la oferta el licitador no tiene que tener contratado el programa, bastando aportar un compromiso expreso y escrito de la empresa que “*lo contratará*”.

Señala que basta con ver su oferta para comprobar que se ha presentado este compromiso, concretamente de la empresa Manantial de Ideas, S.L., y también se ha cumplido y explicado de forma clara y sencilla el funcionamiento del programa y de la App, es decir, todo lo que establece el criterio de adjudicación del pliego.

Manifiesta que no podrá alegarse de adverso la aplicación de la doctrina de la discrecionalidad de la Mesa de Contratación, pues los términos del pliego son tan claros que no dejan lugar a duda, ni son interpretables.

4ª. Que también es incorrecta la atribución de 10 puntos al adjudicatario en relación al apartado de criterios sociales.

Señala que los criterios sociales se ciñen a la exigencia de tener un plan de conciliación, sin embargo, si se examina el plan presentado por el adjudicatario se aprecia que no es tal plan, pues no está implantado, como se deduce de que ni siquiera está firmado por los trabajadores y por la empresa.

Manifiesta que procede remitirse a lo expuesto anteriormente respecto de la discrecionalidad de la Mesa de Contratación.

Solicita que se anule la licitación, debiendo efectuarse una nueva licitación del contrato. Subsidiariamente, solicita que se ordene al órgano de contratación y a su Mesa de Contratación que proceda a recalcular las puntuaciones atribuidas, de tal manera que al adjudicatario se le supriman los 10 puntos de los criterios sociales y al reclamante se le concedan los 25 puntos del programa informático, adjudicándosele el contrato.

SÉPTIMO.- Con fecha 13 de febrero se concedió al órgano de contratación un plazo de dos días hábiles al objeto de que pudiera formular nuevas alegaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LFCP, no habiendo formulado alegación alguna.

OCTAVO.- El 16 de febrero se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose formulado alegación alguna.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra y,

de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de adjudicación.

SEGUNDO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por el reclamante relativa a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto hay que señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 que *La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada.*

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir*

*que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral.*

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

*Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos.*

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario adoptar un acuerdo expreso en relación con la misma.

SEXTO.- Constituye el objeto de impugnación el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión de las instalaciones y actividades deportivas municipales del Ayuntamiento de Ribaforada alegando, en un primer momento, su falta de motivación, por cuanto se limita a reseñar la puntuación obtenida por cada licitador, sin justificar las razones de la adjudicación, lo cual considera supone una infracción del artículo 100.3 de la LFCP. Asimismo, alega indefensión para conocer las razones de la adjudicación y su impugnación al no haberle dado acceso al expediente de contratación. Por todo ello

solicita que se le conceda un plazo para formular nuevas alegaciones. Igualmente, solicita que se anule la licitación, debiendo efectuarse una nueva.

Atendiendo a su petición y tras tener acceso al expediente, se formularon nuevas alegaciones reiterando que no se cumple con la motivación “in aliunde”, que la declaración de confidencialidad del adjudicatario infringe el artículo 54 de la LFCP y rebatiendo la puntuación obtenida en los criterios de adjudicación, en concreto la puntuación obtenida por su oferta en el criterio referido al programa informático, así como la puntuación de la oferta del adjudicatario en lo referente a los criterios sociales. Por todo ello solicita que se anule la licitación, debiendo efectuarse una nueva licitación del contrato y subsidiariamente, que se ordene al órgano de contratación y a su Mesa de Contratación recalcular las puntuaciones atribuidas, de tal manera que al adjudicatario se le supriman los 10 puntos de los criterios sociales y al reclamante se le concedan los 25 puntos del programa informático, adjudicándole el contrato.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que la adjudicación del contrato se efectuó conforme a la propuesta de adjudicación, incluyéndose la motivación en las actas de la Mesa de Contratación que otorgaron las puntuaciones que se indican en el acuerdo de adjudicación. Respecto al acceso al expediente por el reclamante, se alega que si el mismo hubiera solicitado las actas tras la contestación dada a su petición se le habrían facilitado. Concluyendo que el acuerdo de adjudicación se encuentra suficientemente motivado porque se efectúa de conformidad con la propuesta de la Mesa de Contratación.

Expuestos sucintamente los posicionamientos de las partes, este Tribunal debe dar preferencia al motivo de impugnación alegado por el reclamante en el segundo de sus escritos, concerniente al carácter confidencial de parte de la oferta del adjudicatario, por tratarse de una cuestión procedimental que obligaría, en caso de ser estimada, a realizar nuevos trámites antes de la resolución de la reclamación. Razones que justifican, por tanto, su previo análisis.

Se alega concretamente que la citada declaración de confidencialidad infringe lo dispuesto en el artículo 54 de la LFCP, por cuanto el programa informático no forma parte de su estrategia empresarial, siendo simplemente un medio para facilitar el trabajo.

Igualmente, señala que la declaración de confidencialidad no se realizó al presentar la oferta, sino sólo cuando el reclamante solicitó la misma, así como que su falta de entrega le imposibilita examinar el acierto de la Mesa de Contratación.

En este sentido conviene recordar que, respecto a la confidencialidad de las ofertas, el artículo 54.1 de la LFCP señala que *“Los poderes adjudicadores sometidos a esta ley foral no divulgarán dato alguno de la información técnica o mercantil que haya facilitado quien licita, que forme parte de su estrategia empresarial y que éstos designen expresamente como confidencial y, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. En todo caso, la declaración de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia, publicidad e información que debe darse a cada participante.*

*Quien licite no podrá extender la declaración de confidencialidad a toda su propuesta. En caso de que lo haga, corresponderá al órgano de contratación determinar motivadamente aquella documentación que no afecta a secretos técnicos o comerciales”.*

Conviene igualmente reproducir lo dicho por este Tribunal en relación con esta cuestión, entre otros, en su Acuerdo 87/2021, de 26 de agosto, que *“tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 52/2019, de 11 de junio, que el propio artículo 54.1 LFCP pone de manifiesto que el derecho a la confidencialidad de la documentación incorporada a las ofertas no se configura como un derecho absoluto, sino que -además de los condicionantes que para su ejercicio prevé el mismo precepto- viene limitado por el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y publicidad que la propia normativa impone a los poderes adjudicadores y por el derecho de acceso a la documentación que conforma el propio expediente de contratación del que son titulares quienes han participado en el procedimiento de licitación y que reviste carácter esencial en orden a una eventual impugnación del resultado del mismo. Teniendo en cuenta que “En la ponderación ente el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación contenida en la oferta, se revela como fundamental la motivación de la decisión de no autorizar el examen de determinados documentos, resultando claro que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de los licitadores. Siendo esto así, como razona la Resolución anteriormente citada, para que pueda ser*

*sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 54 LFCP es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial; justificación que debe ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter.*

*Así las cosas, hay que partir del principio conforme al cual en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.”*

*De igual modo, conviene recordar lo dispuesto en nuestro Acuerdo 47/2021, de 20 de mayo: “De otro lado, como apunta la Resolución 166/2019, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada. Teniendo, en todo caso, un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso. Consideraciones que este Tribunal ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, por todos, en el Acuerdo 88/2020, de 7 de octubre, donde señalamos que “Otro tanto cabe señalar respecto del solicitado trámite de vista del expediente, cuya tramitación debe quedar restringido a los casos en que exista una clara constancia de indefensión, y a aquellos en que la vista resulte esencial para la fundamentación del recurso; ello como consecuencia del carácter instrumental de dicho trámite”.*

*A mayor abundamiento en el Acuerdo 14/2017, de 7 de abril, de este Tribunal, al que alude el órgano de contratación en sus alegaciones, señalamos lo siguiente:*

*“Esta disposición no implica que una vez finalizada la licitación pública, pueda facilitarse la vista de toda la documentación presentada por los licitadores. A este respecto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de*

febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su considerando 51 adelanta que “Es preciso aclarar que las disposiciones relativas a protección de información confidencial no evitarán en modo alguno la divulgación pública de partes no confidenciales de contratos celebrados, incluidas sus modificaciones posteriores”, y en su artículo 21 determina que “1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”. Añadiendo el artículo 22.3 que “Los poderes adjudicadores velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación. No examinarán el contenido de las ofertas y solicitudes de participación hasta que venza el plazo previsto para su presentación”.

Es decir, la norma comunitaria permite que las legislaciones internas definan la cuestión relativa al acceso al expediente por parte de los licitadores, reconociendo que la confidencialidad constituye un derecho de los licitadores e incidiendo, eso sí, en la necesidad de respetar las obligaciones en materia de publicidad y de información a los licitadores; por lo que habrá de encontrarse un razonable equilibrio entre la confidencialidad y la publicidad e información; y ello por cuanto, tal y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia UE de 21 de septiembre de 2016 “(...) De la jurisprudencia resulta que las ofertas presentadas por los licitadores en una licitación pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la protección de los intereses comerciales, debido, en particular, a los elementos económicos y técnicos que contienen las ofertas (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de enero de 2013, Cosepuri/EFSA, T-339/10 y T-532/10, EU:T:2013:38, apartado 95). (...) Esta restricción es inherente al objetivo de las

*normas de la Unión en materia de contratos públicos que se basa en una competencia no falseada. Para alcanzar dicho objetivo es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores”.*

*(...).*

*De la regulación transcrita se infiere que el órgano de contratación sólo está obligado a guardar reserva y, por ende, a denegar el acceso, respecto de la información que los propios licitadores hayan designado como confidencial al presentar su oferta, declaración que, por lo demás, en ningún caso puede extenderse a la totalidad de la misma. Dicho en otros términos, si no media esa declaración, la regla es que deberá permitirse el examen de la documentación presentada por los licitadores concurrentes, en consonancia con el derecho de acceso que reconoce el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

*(...).*

*Es por ello por lo que, en tales supuestos, resulta ajustado a derecho que el órgano de contratación ante una solicitud de acceso a la oferta de otro licitador en la que no se ha realizado declaración alguna de confidencialidad solicite de éste que manifieste, en el momento de resolver tal petición, si considera que la oferta contiene información que no deba ser divulgada; tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 270/2016, de 15 de abril, cuando apunta que “Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta se encuentran afectos a la exigencia de confidencialidad, a lo que este Tribunal añade, en los términos antes expresados, la posibilidad de designación posterior a instancia del órgano de contratación”.*

Igualmente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala en su Resolución 558/2020, de 23 de abril, lo siguiente: “a) *El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o*

*comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución n° 58/2018).*

*b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución n° 732/2016).*

*c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución n° 393/2016).*

*d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución n° 741/2018)».*

Pues bien, en el presente caso, tal y como resulta del expediente remitido a este Tribunal, el reclamante solicitó el acceso al expediente, acceso que no se le concedió tal y como puso de manifiesto en su escrito de interposición de la reclamación, siendo conocedor igualmente de que por parte del órgano de contratación se había requerido a los restantes licitadores para que identificaran qué partes de sus ofertas resultaban confidenciales, así como que el adjudicatario había señalado como tal su oferta relativa al programa informático y a la app, sin que por otra parte el reclamante manifestara oposición alguna al respecto, ni en relación con esta forma de proceder por parte del órgano de contratación, ni en relación con el alcance de la declaración de confidencialidad.

A mayor abundamiento cabe señalar que en su escrito de interposición de la reclamación se indica que *“Máxime si se tiene en cuenta que, conforme se deduce del escrito que se acompaña como Doc. n° 2, ésta parte ha solicitado del Ayuntamiento el acceso al expediente para poder constatar la motivación y el Ayuntamiento lo ha denegado a efectos prácticos pues de la contestación dada el día 31 de Enero, que se acompaña como Doc. n° 3, se ha declarado solo confidencial por el adjudicatario un programa informático y un app.*

*Pues bien, pese a ser solo esa documentación la confidencial nada ha entregado el Ayuntamiento esta parte del resto de la documentación que contenga esa oferta de la adjudicataria que es la que, precisamente, es la relevante para comprobar las razones de la puntuación. Es decir se le ha negado a esta parte el acceso a toda la documentación a toda la oferta presentada por la adjudicataria que no sea la declarada confidencial.”*

De este relato se deduce que el reclamante manifestó su oposición a que el órgano de contratación no le facilitara la oferta del adjudicatario en la parte no declarada confidencial, sin que formulara reparo alguno respecto a la declaración de confidencialidad realizada, ni en consecuencia solicitó el acceso a la parte confidencial de su oferta. Resultando por tanto satisfecha su pretensión cuando posteriormente se le concedió el acceso al expediente en la parte no confidencial, como así consta en los Antecedentes de Hecho reproducidos, siendo además conecedor, como hemos advertido, de la parte de la oferta afectada por la confidencialidad, sin que realizara, insistimos, ninguna objeción al respecto en el momento oportuno.

De lo expuesto cabe concluir que la oposición a la declaración de confidencialidad debió realizarse, en todo caso, con ocasión de la reclamación especial y no aprovechando el trámite de alegaciones complementarias concedido dado que no era tal su objeto, siendo contraria tal actuación a la doctrina de los actos propios, conforme a lo dispuesto por este Tribunal, entre otros, en nuestro Acuerdo 41/2023.

Cabe advertir igualmente que frente a la declaración de confidencialidad formulada por la empresa adjudicataria el reclamante no aduce, de adverso, ningún motivo para la eliminación del carácter confidencial de dicha parte de la oferta, más allá

de alegar de forma genérica la necesidad de acceder a la misma para controlar la legalidad de su valoración. Alegaciones que, consideramos, no contribuyen a acreditar la necesidad de acceso a la oferta para justificar la fundamentación del recurso y por tanto no afectan a su derecho de defensa. Debe tenerse en cuenta además que conforme a la doctrina expuesta la confidencialidad no se extiende a la totalidad de la oferta del adjudicatario y afecta únicamente a uno de los criterios de adjudicación.

Razones todas ellas por las que debemos desestimar este motivo de impugnación, así como su solicitud de acceso a la parte de la oferta del adjudicatario declarada confidencial con concesión de un nuevo plazo de alegaciones.

SÉPTIMO. - Entrando al siguiente de los motivos alegados, debemos analizar seguidamente la existencia de motivación suficiente en el acuerdo de adjudicación impugnado, cuya ausencia se esgrime por el reclamante quien manifiesta que no lo está ni tan siquiera mediante la técnica “in aliunde”, procediendo la anulación de la licitación por tal motivo; alegación que reitera en su escrito de alegaciones complementarias.

Pues bien, no podemos obviar que, con ocasión de la concesión al reclamante del acceso al expediente con carácter previo a la formulación de nuevas alegaciones, ya se hizo constar que el acuerdo de adjudicación no estaba motivado en los términos exigidos en el artículo 100.3 de la LFCP, siendo insuficiente a estos efectos la mera inclusión de las puntuaciones obtenidas por las ofertas, tal y como este Tribunal señaló en sus Acuerdos 80/2022, de 22 de julio y 1/2023, de 11 de enero.

Igualmente, concluimos que la exigencia de motivación tampoco se satisfacía mediante la denominada motivación “in aliunde” prevista en el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual “*La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma*”. Ello, por cuanto dicha técnica de motivación exige que los informes o documentos estén debidamente motivados, consten en el expediente administrativo y que el destinatario haya tenido acceso a los mismos, siendo así que en el presente caso las razones de la atribución de las distintas puntuaciones a las ofertas se contienen en las actas de la Mesa

de Contratación de 10 de enero (sobre B) y 11 de enero (sobre B), que, a pesar de constar en el expediente administrativo, no fueron facilitadas al reclamante. Circunstancia que justificó la concesión del citado trámite, de tal forma que el reclamante ha podido acceder a las actas donde se valoran las ofertas y formular nuevas alegaciones a la vista de dicha valoración, no habiéndose producido por ello indefensión.

Así, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 1/2023, de 11 de enero, antes citado, “(...) puesto que el vicio de motivación no ha producido indefensión no procede anular el acto de adjudicación resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, “No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

En este sentido conviene recordar lo dispuesto en la Resolución nº 48/2019, de 22 de noviembre, del Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla: “En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que la notificación de la adjudicación sólo recoge el cuadro de puntuación, eso sí, desglosada por criterios, sin acompañarse del informe que le sirve de fundamento, no lo es menos que los licitadores han tenido acceso en la plataforma de contratación a todos los informes y actas a partir de las cuales se ha formado la voluntad del órgano de contratación. El oficio de notificación de la resolución de adjudicación incluye la mención expresa a los informes de evaluación como motivadores de la resolución, constandingo que el recurrente ha tenido conocimiento puntual de las decisiones adoptadas por la mesa y de los motivos que han sustentado esas decisiones, de hecho el inadmitido recurso planteado frente al informe de valoración y el acuerdo de la mesa viene a plantear las mismas alegaciones que ahora reproduce el recurso que nos ocupa, manifestando el conocimiento del informe de valoración que sirve de fundamento a la adjudicación, por lo que entendemos que no se ha producido indefensión, no estándose, pues, en tales circunstancias, ante un vicio invalidante”.

De igual modo, el Acuerdo 13/2015, de 27 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: “e) No obstante, aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, se daría

*cumplimiento a la exigencia de los artículos 54.2 y 58 LRJPAC, siempre que la misma apareciere suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.*

*Pues bien, aun cuando la notificación de la adjudicación remitida en este caso a la recurrente, carece de la información completa, en cuanto a la motivación, en los términos que señala el artículo 151.4 TRLCSP; no es menos cierto que LIMASA ha tenido acceso a todo el expediente de contratación —a la vista de los fundamentos del recurso y alegaciones planteados— y, entre otros documentos, al informe técnico de valoración de las ofertas, con un contenido exhaustivo que examina cada una de las propuestas técnicas, las compara y les asigna una puntuación.*

*Se entiende así cumplida la exigencia sobre el contenido de la notificación del artículo 151.4 TRLCSP, que es de carácter instrumental, a fin de que los licitadores puedan tener información suficiente para poder deducir el recurso que proceda. Y el efecto útil de la notificación, para poder recurrir, ha quedado cumplido con el acceso a la información que obra en todo el expediente. Y en aplicación del principio de economía procedimental, debe entenderse subsanada la deficiencia de la notificación, que no tiene por ello ningún efecto invalidante, por lo que procede, en consecuencia, desestimar este motivo del recurso ”.*

Razones por las que procede igualmente desestimar el presente motivo de impugnación, y sin que tenga efectos invalidantes la circunstancia esgrimida de que el acuerdo de adjudicación cite el acta de 22 de enero, donde se indican las puntuaciones obtenidas por las ofertas y se efectúa la propuesta de adjudicación, y no las actas de 10 y 11 de enero, que es donde efectivamente se contiene la valoración de las ofertas, dado que, como se ha dicho, el reclamante ha tenido acceso a las citadas actas, no teniendo el defecto de motivación apreciado una incidencia real y efectiva en su derecho de defensa.

OCTAVO.- Se alega en tercer lugar, la errónea valoración de la oferta del reclamante en el criterio de adjudicación relativo al programa informático y app y de la oferta del adjudicatario en el criterio de adjudicación que valora los criterios sociales.

El análisis de este motivo requiere reproducir su contenido íntegro recogido en ambos casos en la cláusula 11 del pliego en los siguientes términos:

*“2.- Por aportación de un programa informático y app de gestión de control de accesos digitalizado, horarios y reservas, facturación y pagos, realización de informes de uso de las instalaciones y de uso de usuarios, con aportación del compromiso expreso y escrito de la empresa con la que lo contratará. Deberá explicar claramente el funcionamiento del programa y de la app, de forma clara y sencilla. Se podrá otorgar hasta un máximo de 25 puntos.”*

*“6.- Criterios sociales: Por acreditación de existencia de Plan de conciliación de la vida laboral, personal y familiar de la plantilla de la empresa: Hasta un máximo de 10 puntos: - Se otorgará 10 puntos a los licitadores que acrediten que su empresa dispone de un Plan de conciliación de la vida laboral, personal y familiar de su plantilla, y 0 puntos a los que no lo presenten ni acrediten”.*

De igual modo conviene recordar lo dispuesto en el pliego respecto a la formalización de las ofertas, indicando que los licitadores debían incluir la documentación referida a dichos criterios en el sobre B por disponerlo así la cláusula 9.2 del pliego:

*“Sobre B: "Documentación relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas”.*

*Incluirá toda la documentación que aporte el licitador para que se valore y puntúen los criterios de adjudicación recogidos en este pliego no cuantificables mediante fórmulas, es decir:*

*- Para puntuar los criterios sociales: los licitadores deberán presentar y acreditar la existencia de un Plan de conciliación de la vida laboral, personal y familiar de la plantilla de que dispone la empresa.*

*- El programa informático y app para gestión de control de acceso digitalizado, horarios y reservas, facturación y pagos, realización de informes de uso de las instalaciones y usuarios etc., que va a instalar para dicha gestión y compromiso expreso y escrito de su instalación por parte de la empresa con la que la va a contratar en caso de resultar adjudicatario. Deberá explicar claramente el funcionamiento del programa y de la app, de forma clara y sencilla.”*

Pues bien, expuesto el contenido del pliego regulador en lo que aquí interesa resulta obligado recordar que los pliegos constituyen la ley del contrato, también en lo que respecta a la aplicación de los criterios de adjudicación, siendo por tanto vinculantes para las partes. Así lo ha señalado reiteradamente este Tribunal, entre otros, en su reciente Acuerdo 90/2023, de 30 de noviembre, donde recordamos la doctrina contenida, entre otros muchos, en nuestro Acuerdo 97/2021, de 29 de septiembre, y recogida de forma reiterada por la jurisprudencia – por todas, Sentencias 445/2021, de 30 de diciembre y 213/2022, de 6 de julio, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra – relativa a que *“dicho documento contractual constituye la ley del contrato a la que deben sujetarse las personas licitadoras, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación, auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación pues es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir; carácter que deriva del artículo 53.1 de la LFCP que establece que “Las proposiciones, que comprenden tanto la oferta técnica, si la hubiera, como la oferta económica, deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”*.

*Carácter vinculante del que deriva, como también hemos señalado de manera reiterada, que de no haber sido los pliegos impugnados en tiempo y forma y anulada alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno derecho. Y que, en lo que ahora interesa, determina la necesaria observancia de las reglas de valoración de los distintos criterios de adjudicación en él fijados, resultando vedado apartarse o aplicar fórmulas distintas a las previstas en el mismo. Pues tampoco podemos olvidar que si bien los poderes adjudicadores ostentan, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, lo cierto es que, como afirma el Tribunal Supremo en Sentencias de 28 de junio de 2004 y de 24 de enero de 2006, “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”; resultando así que si bien es el poder adjudicador el competente para interpretar el modo adecuado de aplicar los criterios de adjudicación, la Mesa de Contratación debe estar en el otorgamiento de puntuaciones conforme al tenor del condicionado, pues el principio de igualdad de trato, como apunta la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008 (Evropaïki Dynamiki. T-345/03) exige que los licitadores se hallen en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas por la entidad adjudicadora.”*

*Asimismo procede reiterar lo dicho por este Tribunal en relación con la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración en la valoración de las ofertas técnicas o cualitativas, sujetas a juicios de valor, así, entre otros muchos, en nuestro Acuerdo 104/2022, de 1 de diciembre, que a su vez cita nuestro Acuerdo 85/2022, de 26 de agosto expusimos que: “resulta de aplicación la doctrina general reiteradamente expuesta por este Tribunal sobre el alcance y los límites de la discrecionalidad técnica que ampara a la Mesa de Contratación para aplicar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor— por todos, Acuerdo 34/2022, de 8 de abril -. Doctrina en cuya virtud dicho órgano goza de un margen para la aplicación de tales criterios, no siendo revisable por este Tribunal lo referido a los juicios técnicos, pero sí ciertos límites generales de la actividad discrecional, como son la competencia del órgano, el respeto al procedimiento establecido y a los hechos determinantes de la decisión, o la adecuación al fin perseguido y a los principios generales del derecho, especialmente, los de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad. Asimismo, como bien recuerda entre otras la Resolución 147/2019, de 13 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el ejercicio de esta potestad discrecional debe respetar su fondo reglado, tal y como éste se deduzca de la descripción del criterio de adjudicación y de las prescripciones técnicas.*

*Derivado de lo anterior, también hemos señalado de manera reiterada que los informes técnicos de valoración están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y que solo 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, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la función de este Tribunal en relación con la impugnación de las valoraciones otorgadas a las distintas propuestas no es suplantar el acierto técnico en dicha valoración, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con el pliego y suficientemente motivada; quedando fuera de este limitado control posible aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador y no estén sustentadas con un posible error manifiesto. Pues, como expone la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 24 de febrero, de 2016, al tratarse de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, sólo puede ser formulado por un órgano especializado, de tal modo que la revisión de la valoración realizada por el órgano previsto para resolver el concurso sólo puede hacerse cuando los errores o defectos en la valoración, primero, sean ostensibles y manifiestos, y, segundo, no exijan conocimientos técnicos (Cf. STS 29 junio 2005). Pudiendo añadir nosotros que dichos errores "ostensibles, manifiestos y cuya valoración no exija conocimientos técnicos" han de ser, además, relevantes".*

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto la función de este Tribunal consistirá en analizar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con el pliego y suficientemente motivada con fundamento en los datos proporcionados por los licitadores en sus ofertas.

Pues bien, el primero de los criterios de adjudicación cuya valoración discute el reclamante, es el referido al programa informático y la app. Según el reclamante el pliego exige para su valoración un compromiso de que se contratará y no que se tenga contratado. Señala que no puede alegarse de adverso la doctrina relativa a la discrecionalidad de la Mesa de Contratación, pues los términos del pliego son claros y no dejan lugar a duda. Entiende que, por ello, deben concedérsele 25 puntos en dicho criterio, en lugar de los 0 puntos que se han atribuido a su oferta en el mismo.

Efectivamente, como se ha reproducido, el citado criterio de adjudicación valora la aportación por parte de los licitadores de un programa informático y app de gestión del servicio (control de accesos digitalizado, horarios y reservas, facturación y pagos,

realización de informes de uso de las instalaciones y de usuarios), requiriendo para su valoración la presentación de un compromiso escrito con la empresa con la que se contratará, debiéndose explicar su funcionamiento. Este criterio de adjudicación se califica como no cuantificable mediante fórmula, valorándose con un máximo de 25 puntos.

Se ha de constatar en este sentido que el reclamante aportó como parte de su oferta una declaración jurada de la empresa Manantial de Ideas, S.L. donde se señala que dicha empresa *“se compromete a realizar el programa informático y app de gestión de control de accesos digitalizado, horarios y reservas, facturación y pagos. Realización de informes de uso de las instalaciones y usuarios del contrato de servicios de actividades deportivas municipales del Ayuntamiento de Ribaforada en caso de resultar adjudicataria la empresa R. L. M.”*, y que se acompañó de un documento relativo al funcionamiento del programa y app, donde se describe el mismo.

Por su parte, consta igualmente en el expediente la valoración de las ofertas contenida en el acta de la Mesa de Contratación de 10 de enero, donde se señala lo siguiente:

*“- En lo que se refiere al criterio de la cláusula 11.2 “aportación de un programa informático y app de gestión de control de accesos digitalizado, horarios y reservas, facturación y pagos, realización de informes de uso de las instalaciones y de uso de usuarios, con aportación del compromiso expreso y escrito de la empresa con la que lo contratará. Deberá explicar claramente el funcionamiento del programa y de la app, de forma clara y sencilla.”:*

*o GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L.: Aporta el programa de que ya dispone, wodbuster, explicándolo y adjunta el compromiso escrito de la empresa que dispone de dicho programa del que ya es usuario el licitador. Por la mesa de contratación, se considera un programa muy útil, ya que se trata de una aplicación a la que los usuarios tendrán acceso a través de su teléfono móvil para realizar el pago, reservas, etc. Se otorgan 25 puntos.*

*o ALSG SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U.: No dispone de ninguna aplicación, sólo aporta un pliego de condiciones técnicas para la contratación de una solución*

*informática integral, de forma genérica, sin aportar compromiso con la empresa instaladora, en su caso. La puntuación es de 0 puntos.*

*o R. L. M.: No dispone de ninguna aplicación, presenta una declaración jurada del responsable de la mercantil Manantial de Ideas, SL, de que realizará el programa informático, es decir, no dispone del mismo. La puntuación es 0 puntos.”*

Claramente puede apreciarse, que existe una disparidad entre el contenido de la oferta del reclamante y su valoración, incidiendo esta última en la ausencia de la aplicación informática y la presentación de una declaración jurada del responsable de la mercantil Manantial Ideas, S.L. con el compromiso de realizar un programa informático. Manifestaciones que sin embargo contrastan con la definición del criterio de adjudicación contenida en el pliego, donde expresamente se alude a la *aportación del compromiso expreso y escrito de la empresa con la que lo contratará* el programa informático y app, sin requerir en modo alguno que deba disponerse del mismo en el momento de presentación de la oferta, tal y como alega el reclamante.

Valoración que igualmente contrasta con la realizada respecto a las restantes ofertas en la que se pone de manifiesto igualmente que la valoración no se ha hecho atendiendo al pliego en todos los casos, con infracción del principio de igualdad entre los licitadores.

En este sentido interesa recordar lo dispuesto en nuestro Acuerdo 1/2020, de 7 de enero, que en relación con la interpretación de los criterios de adjudicación, dispone que *“Pues bien, para resolver la cuestión hemos de partir del hecho de que los criterios de adjudicación forman parte del Pliego, y de que, no habiendo sido recurrido, éste constituye auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 (Sección Séptima) y numerosos acuerdos de este Tribunal (como el Acuerdo 42/2018, de 15 de junio, entre otros) recuerdan que el Pliego Regulator es la Ley que rige la contratación entre las partes.*

*Partiendo pues de la firmeza del Pliego y de la consecuente consideración como Ley del contrato, se impone la necesidad de realizar una labor interpretativa del*

*criterio, conforme a las reglas que a tal efecto contiene nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido más adecuado al cumplimiento de las normas y principios de la contratación pública.*

*En relación con la función de los criterios de adjudicación, decíamos en nuestro Acuerdo 42/2018, de 15 de junio, con cita del Acuerdo 17/2017 de 5 de mayo, que “Como acertadamente señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, la finalidad de los criterios de adjudicación es “determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone -dato de especial relevancia- 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.”*

*Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación, el mismo Acuerdo recogía que, “formando los criterios de adjudicación parte del Pliego, es decir de la “Ley del Contrato”, para poder aplicarlos adecuadamente la entidad adjudicadora debe llevar a cabo una labor de interpretación de los mismos, interpretación en la que, conforme a doctrina constante (por todas la Resolución nº 281/2015, de 15 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC), es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dado que “los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos” (Resolución 70/2016 del TACRC).*

*A estos efectos, el artículo 1.281 del Código Civil establece que, si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982), y si las palabras*

*parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pero también se deberá tener en cuenta que el artículo 1.284 del mismo Código Civil dispone que si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto y que las cláusulas deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1.285 de la misma norma)”.*

Por su parte, en el Acuerdo 106/2022, de 20 de diciembre, también señalamos que, como razona el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1999, *debe tenerse en cuenta que el conjunto de normas que regula la función exegética constituye un conjunto complementario entre sí, en cuyo conjunto tiene rango prioritario y preferencial el primer párrafo del artículo 1281 del Código Civil, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja lugar a dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que funcionan con el carácter de normas subsidiarias respecto a la que preconiza la interpretación literal.*

Tras lo expuesto cabe concluir que el criterio de adjudicación controvertido no suscita ninguna duda interpretativa, debiendo aplicarse conforme a su literalidad, tal y como argumenta el reclamante, dado que está formulado de forma clara y precisa. Aplicación del criterio contenido en el pliego que, a pesar de su literalidad, sin embargo, no se ha producido en lo que respecta a la oferta del reclamante, lo que determina la competencia de este Tribunal para ejercer el control sobre la potestad discrecional de la que goza la Mesa de contratación pues afecta esta discrepancia a un aspecto reglado al apartarse de la descripción del criterio de adjudicación contenida en el pliego.

Razones que justifican por tanto la estimación de este motivo alegado si bien las consecuencias no pueden ser las pretendidas en su escrito de reclamación pues hay que recordar que no es competencia de este Tribunal la atribución de nuevas puntuaciones de las ofertas, así, como ya señalamos en el Acuerdo 71/2022, de 1 de julio: *“procede recordar que este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el*

*artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso la Mesa y el órgano de contratación a los que corresponde, respectivamente, la valoración de las ofertas y dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; no pudiendo este Tribunal revisar la puntuación otorgada a la oferta ni declarar el derecho de la reclamante a resultar adjudicataria del contrato. Resultando así que la pretensión en tales términos deducida no puede ser acogida”.*

El segundo de los criterios de adjudicación cuya valoración se discute son los criterios sociales, en concreto se cuestiona la existencia de un plan de conciliación en la oferta del adjudicatario, dado que no está firmado por los trabajadores y la empresa, de donde deduce su inexistencia y solicita la supresión de los 10 puntos obtenidos en la oferta del adjudicatario.

Como hemos puesto de manifiesto previamente dicho criterio de adjudicación valora la acreditación de la existencia de un plan de conciliación de la vida laboral, personal y familiar de la plantilla de la empresa, otorgándose los 10 puntos a los licitadores que acrediten su disposición y 0 puntos a los que no lo hagan.

Consta en el expediente que la valoración de la oferta en este aspecto se contiene igualmente en el acta de la Mesa de Contratación de 10 de enero, donde se señala lo siguiente: *“Conforme a la cláusula 11.6, los tres licitadores acreditan la existencia de un plan de conciliación de la vida laboral, personal y familiar de la empresa, por lo que a los tres licitadores se les otorga los 10 puntos.”*

De igual modo se corrobora por este Tribunal que el adjudicatario aportó como parte de su oferta un plan de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, donde

se detallan cinco medidas. Dicho plan viene suscrito por el Administrador Solidario de Gestión Deportiva In Sport, S.L., sin que conste, como alega el reclamante, la representación de los trabajadores. Sin embargo, de nuevo debemos acudir a la literalidad de lo dispuesto en el pliego que constituye la ley del contrato debiendo poner de manifiesto que el pliego no exige que el plan de conciliación venga suscrito por aquellos, sino sólo que se acredite su existencia.

Cabe señalar, que dicho requisito bien pudo exigirse en su momento, conforme a lo dispuesto en el artículo 64.7 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que atribuye al comité de empresa la competencia de *“Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación”* (apartado d) y la de *“Informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este artículo en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión de sus relaciones laborales”* (apartado e). Sin embargo, pese a ello, no consta su exigencia en la “ley reguladora” de esta licitación, debiendo ceñirse la valoración a lo dispuesto en el criterio de adjudicación transcrito, por lo que no puede prosperar la pretensión del reclamante en esta cuestión, debiendo desestimarse este motivo de impugnación.

Resta por analizar las consecuencias de la estimación del motivo de impugnación referido a la incorrecta valoración del criterio de adjudicación del programa informático y la app, así como las peticiones formuladas por el recurrente por tal motivo.

Así se solicita, con carácter principal, que se anule la licitación y se convoque una nueva. Pretensión que, en principio, resultaría conforme con la doctrina de este Tribunal, recogida entre otras en el Acuerdo 84/2022, de 19 de agosto, y que deriva de lo dispuesto en el artículo 97 de la LFCP, por cuanto la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas debe realizarse con posterioridad a la valoración de los criterios cualitativos o sometidos a juicio de valor y por tanto no es posible la corrección de la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y en consecuencia conllevaría la anulación del propio procedimiento de licitación.

Sin embargo, este Tribunal también se ha mostrado contrario a la anulación de la adjudicación del contrato cuando como consecuencia de la estimación de las alegaciones del reclamante este no pudiera ser adjudicatario del mismo en ningún caso. Así, interesa reproducir lo dispuesto en nuestro Acuerdo 90/2023, de 30 de noviembre, antes citado, donde señalamos que *“Sin embargo, no podemos obviar que tal y como se puede constatar, la posición del reclamante en el orden de prelación de las ofertas no variaría en modo alguno, ni resultaría adjudicatario del contrato tras realizarse la referida corrección, razones por las que no resulta procedente acordar la anulación de la adjudicación y la retroacción de las actuaciones a fin de que se modifique dicha puntuación, conforme al principio de economía procesal.*

*Conclusión compartida por diversos órganos administrativos especializados en la resolución de recursos en materia de contratación pública, como es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que en su Resolución 225/2022, de 17 de febrero, señala que “El allanamiento parcial del recurso por parte del OC, al considerar que en uno de los criterios sometidos a juicio de valor (“memoria funcional del servicio. Planes de trabajo. Sistemas de limpieza según zonas”) se ha valorado de manera incorrecta, ocasionaría, en principio, que se anulara la adjudicación y se emitiera una nueva valoración de la oferta de la recurrente, corrigiendo el error producido en dicha valoración. El informe del OC sobre el recurso ya hace esa nueva valoración y manifiesta que procede otorgarle un punto más hasta llegar a los 7 puntos que es el máximo establecido de puntuación en este criterio.*

*No obstante, una eventual estimación parcial del recurso con anulación de la resolución de adjudicación, resultaría contraria al principio de economía procesal, el cual, como es sabido, pugna contra cualquier retroacción de actuaciones de las que no se derivaría alteración del sentido del acto impugnado (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 23 de febrero de 2012 –Roj STS 1137/2012- y 28 de abril de 1999 –Roj STS 2883/1999).*

*La puntuación final alcanzada por la adjudicataria es 99,29 puntos frente a los 96,80 puntos alcanzados por la recurrente. Aunque sumáramos 1 punto más a la proposición de la recurrente hasta llegar a los 97,80 puntos, no alcanzaría la puntuación de la adjudicataria y, por lo tanto, en nada variaría la decisión final.*

*Este Tribunal viene aplicando el principio de economía procesal cuando de la retroacción de actuaciones no se derivaría alteración del sentido del acto impugnado (por todas, resolución 601/2021 de 21 de mayo).*

*Igual solución se alcanza en nuestro Acuerdo 25/2022, de 4 de marzo, en la Resolución 395/2015, de 30 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y en la Resolución 79/2021, de 18 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, conforme a la cual “En este sentido cabe concluir que la ponderación efectuada de los criterios de adjudicación por el órgano de contratación está justificada, y que de los errores detectados en la revisión efectuada de las puntuaciones otorgadas no se deriva un cambio en la clasificación de las ofertas realizada por la mesa de contratación, en tanto que una vez subsanados sigue resultando adjudicataria la proposición presentada por WERFEN. Por ello en aplicación del principio de economía procesal no procede retrotraer las actuaciones para corregir unos datos que en nada alteran el resultado de la adjudicación del contrato realizada.”*

En un sentido análogo, la Resolución 1054/2018, de 16 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que “Una vez analizados los motivos de impugnación esgrimidos por la recurrente, y, habiendo constatado que procede su estimación, se impone determinar el sentido del fallo.

*El informe evacuado por el órgano de contratación pone de manifiesto que la asignación de la puntuación correspondiente a la antigüedad de los equipos ofertados por la recurrente-2 puntos sobre 5-, y la correspondiente al FOB máximo de los equipos-1 punto sobre 1-, no determina que esa empresa sea la mejor clasificada, ni consiguientemente, una variación de la empresa adjudicataria-GESTIÓN HOSPIDOS- que ha obtenido una puntuación superior a la de la empresa recurrente (86,76 puntos, frente a 85), quedando ésta clasificada en segundo lugar por delante de la UTE RADIOLOGÍA MEDITERRÁNEO que ha obtenido, como consecuencia de la rectificación de la valoración de su oferta, 75,91 puntos.*

*Por consiguiente, el sentido de la adjudicación se mantiene invariable, lo que nos obliga a desestimar el recurso y a confirmar la resolución recurrida, de conformidad con el principio de economía procesal, que pugna contra cualquier retroacción de actuaciones de la que no se derivaría alteración del sentido del acto*

*impugnado (cfr., en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 23 de febrero de 2012 –Roj STS 1137/2012-y 28 de abril de 1999 –Roj STS 2883/1999-; Resoluciones de este Tribunal 214/2012, 250/2013, 185/2014, 830/2014, 395/2015, 658/2015).”*

Asimismo, en el Acuerdo 21/2020, de 6 de marzo, señalamos que *“Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, resulta que la valoración afectada por la estimación de la reclamación es por un lado, como se ha dicho, la correspondiente a uno de los criterios cuantificables mediante fórmulas (Sobre C de las proposiciones presentadas) realizada con posterioridad a la valoración de los criterios cualitativos y, por ello, sin ninguna afcción a esta; motivo por el cual ningún obstáculo cabría apreciar a la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de tal criterio de adjudicación por cuanto ello no alteraría el orden lógico de sus fases ni afectaría al principio de transparencia y no discriminación.*

*Sin embargo, la estimación de la reclamación interpuesta también afecta a la valoración de uno de los criterios cualitativos de adjudicación, por haberse acreditado un error en su aplicación respecto al producto ofertado por la reclamante. Supuesto éste en el que, a diferencia del anterior, en la medida en que, tenido lugar la apertura del Sobre C de las proposiciones presentadas, la retroacción del procedimiento para la correcta valoración del criterio sí altera el orden de valoración de los criterios establecido legalmente; circunstancia que impone analizar si con tal proceder se ve comprometida la confidencialidad y secreto de las proposiciones de los interesados, y ello en atención a las concretas circunstancias concurrentes.*

*En este contexto, debemos recordar, al igual que la Resolución 157/2018, de 16 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que la infracción del secreto de las proposiciones debe ser material y no meramente formal, siendo preciso que efectivamente se vulnere la objetividad que el sistema de valoración separada pretende garantizar.*

*Sobre este particular la Resolución 796/2015, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, apunta que “(...) Por otro lado, es también doctrina de este Tribunal que una vez abiertos los sobres que contienen los criterios de valoración automáticos o evaluables con arreglo a fórmulas matemáticas, no puede el órgano de contratación valorar técnicamente la adecuación o coherencia*

*de las ofertas, salvo que dicha valoración se refiera a criterios también objetivos y que consten claramente en el pliego”.*

*Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 405/2018, de 5 de diciembre, señala que: “(...) Aquí seguiremos lo ya dicho por esta Sala en el procedimiento Ordinario 120/2.018, Sentencia nº 326/2.018, de 18 de octubre de 2.018, fundamento de derecho Tercero, “La Sala estima que en este caso concreto la retroacción de actuaciones no determina la vulneración de los principios de un tratamiento igualitario y no discriminatorio (art. 21 de la Ley Foral 6/2006). Así, el art. 52.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos 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”. En este contrato, como pone de relieve el Tribunal Administrativo de Contratos, la Mesa de Contratación no ha aplicado correctamente las puntuaciones en cada uno de los criterios de adjudicación (...) La retroacción de actuaciones para que la Mesa de Contratación otorgue la puntuación correcta según las cláusulas del Pliego no puede poner en riesgo en este caso que la valoración de las ofertas técnicas se pueda ver mediatizada por la proposición económica de las dos licitadoras porque se trata únicamente de ajustar las puntuaciones otorgadas al Pliego de Condiciones sin ningún margen de discrecionalidad por parte de la Mesa de Contratación que pueda verse influida de algún modo por el conocimiento de la oferta económica. Siendo esto así, no es conforme a Derecho la declaración que contiene el Acuerdo recurrido respecto a la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento, siendo posible la retroacción de actuaciones como solicita la parte demandante.”*

*Aplicando la doctrina citada al supuesto concreto que nos ocupa - partiendo del hecho acreditado en el expediente de que la adjudicataria y la reclamante obtuvieron una valoración total de 71,15 puntos y 68,50, respectivamente – este Tribunal concluye que la retroacción de actuaciones para que la Mesa de Contratación otorgue la puntuación correcta a la oferta de la reclamante en lo que respecta al criterio de adjudicación cualitativo antes referido en ningún caso puede poner en riesgo que tal evaluación se pueda ver mediatizada por el conocimiento de las valoraciones*

*realizadas de los criterios cuantitativos, y ello habida cuenta que ya sólo con la rectificación de la valoración de la oferta de la adjudicataria en el apartado correspondiente a los criterios sociales derivada de la estimación del primero de los motivos de impugnación – y que determina la detracción de los diez puntos erróneamente otorgados a ésta – se altera el orden de clasificación de ambas licitadoras obteniendo la reclamante mayor puntuación. Así pues, resultando indiferente a tales efectos, y para el resultado del procedimiento, la puntuación que se atribuya a la reclamante en el citado criterio cualitativo difícilmente cabe apreciar que la Mesa de Contratación pueda verse influida de algún modo por el hecho de conocer la puntuación otorgada a las licitadoras en lo que respecta a los criterios valorables mediante aplicación de fórmulas.”*

Consolidada doctrina que resulta de aplicación en el supuesto analizado puesto que el criterio de adjudicación erróneamente valorado conllevaría la atribución como máximo de 25 puntos, de tal modo que su puntuación final ascendería a 92,50 puntos, frente a los 94,59 puntos que obtuvo la oferta del adjudicatario, resultando indiferente por tanto para el resultado del procedimiento al no alterarse ni el orden de prelación de las ofertas ni la oferta mejor valorada.

Razones que conforme al principio de economía procesal justifican la no anulación del procedimiento de licitación solicitado por el reclamante, ni tampoco la petición subsidiaria de retroacción de actuaciones para la valoración por parte del órgano de contratación otorgando 25 puntos a su oferta, pues como hemos visto ni cabe ordenar tal asignación de puntos de manera automática, -pues olvida el reclamante que nos encontramos ante un criterio valorable mediante juicio de valor en el que no se atribuye la puntuación máxima de forma automática-, ni tampoco produciría en tal caso el efecto pretendido de resultar adjudicataria, al no tener incidencia en la selección de la mejor oferta.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

## ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don R. L. M. frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ribaforada, de 23 de enero de 2024, por el que se adjudica a GESTIÓN DEPORTIVA IN SPORT, S.L. la gestión de las instalaciones y actividades deportivas municipales del citado Ayuntamiento.

2º. Notificar este acuerdo a don R. L. M., al Ayuntamiento de Ribaforada, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página 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, 1 de marzo de 2024. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.