



Expediente: 5/2022

ACUERDO 33/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L. frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de 30 de diciembre de 2021, por el que se adjudica a RÍOS RENOVABLES, S.L.U. el contrato de concesión de servicio público integral de iluminación exterior de Tudela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de julio de 2021, el Ayuntamiento de Tudela publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de *Concesión del servicio público integral de iluminación exterior de Tudela*.

El plazo de presentación de ofertas comprendía desde el 29 de julio hasta el 20 de septiembre.

A dicho contrato concurren los siguientes licitadores:

- SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (en adelante SICE)
- VEOLIA SERVICIOS NORTE, S.A.U. (en adelante VEOLIA)
- ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L.
- UTE ENDESA X SERVICIOS, S.L. - TECNOCONTROL SERVICIOS, S.A.
- RÍOS RENOVABLES, S.L.U.
- UTE SOPRENER-EKOARGI

SEGUNDO.- Con fecha 22 de septiembre de 2021 la Mesa de Contratación procedió a la apertura del Sobre A presentado por los licitadores, haciendo constar

respecto de la oferta de RÍOS RENOVABLES lo siguiente: *Falta el aval. Informa el Secretario que realizaron la consulta relativa a la presentación del aval después de haber presentado la oferta porque no la habían incluido en la misma y se les indicó que lo presentaran en el registro cosa que se hicieron el día 21 de septiembre. Se comprueba el registro (n° 2021011868) y se constata que la fecha del aval es del 13 de septiembre, anterior a la finalización del plazo de presentación.*

Requerida la subsanación de su documentación administrativa a VEOLIA y SICE, y presentada esta, el 29 de septiembre se procedió a la apertura del Sobre B en PLENA y de la documentación complementaria presentada en el registro del Ayuntamiento por diversas empresas, entre ellas, ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE y RÍOS RENOVABLES, haciéndose constar que la documentación se facilita a los miembros de la Mesa y a la asistencia técnica contratada para la emisión del informe previo a la valoración de la propia Mesa.

El 26 de noviembre la Mesa de Contratación examinó el informe emitido por los servicios técnicos contratados, aprobando las puntuaciones obrantes en el mismo y elevándolas a definitivas en la Plataforma de contratación. Igualmente, se hace constar en el acta lo siguiente: *Se adjunta también informe de la unidad gestora relativo a la presentación del anexo V del sobre B en el que se pone de manifiesto que el dato que se extrae del mismo (ahorros garantizados) no es suficiente para deducir cualquiera de los valores de los Criterios valorables de forma automática por aplicación de fórmulas.* En dicha acta aparecen don L. M. N. Z. (debiera ser Z.) y don R. S. L. como “invitados técnicos”.

El 1 de diciembre se produjo la apertura del Sobre C, atribuyéndose las puntuaciones correspondientes a dicho sobre y las puntuaciones totales de las ofertas de los licitadores, siendo estas las siguientes:

	SOBRE B	SOBRE C	TOTAL PUNTOS
ENERGIA ELECTRICA EFICIENTE, S.L.	19,50	58,76	78,26
UTE SOPRENER-EKOARGI	7,00	57,00	64,00
SICE, S.A	19,50	58,76	78,26
VEOLIA SERVICIOS NORTE SAU	27,00	59,96	86,96

UTE ENDESA- TECNOCONTROL	2,50	59,59	62,09
RÍOS RENOVABLES, S.L.U.	35,00	55,89	90,89

Atendiendo a dichas puntuaciones, se acordó requerir a RÍOS RENOVABLES la presentación de la documentación prevista en las cláusulas 19 y 20 del pliego administrativo.

Presentada dicha documentación se requirió su subsanación en relación con el poder suficiente para la firma del contrato. Producida esta, la Mesa de Contratación propuso la adjudicación del contrato a la citada empresa con fecha 23 de diciembre, haciendo constar en la propuesta que *D. L. M. N. Z., Ingeniero Técnico de la empresa asesora contratada ha emitido informe de fecha 21 de diciembre, que la documentación de la solvencia técnica también es correcta.*

TERCERO.- Por el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de 30 de diciembre de 2021, se adjudicó el contrato RÍOS RENOVABLES.

La notificación de dicho acuerdo a ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L. se produjo el 10 de enero de 2022.

CUARTO.- Con fecha 20 de enero de 2022, ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicha adjudicación, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Presentación irregular de documentación. Fuera de la plataforma digital

Alega que, de forma contraria a lo establecido en el artículo 95 de la LFCP y en la cláusula 11 del pliego del contrato, se ha realizado la entrega de documentación de la licitación fuera de la Plataforma de Licitación electrónica, habiéndose producido la entrega de documentos utilizando medios no telemáticos, como el USB externo, vulnerándose con ello las garantías de confidencialidad y sigilo del proceso, la igualdad entre los licitadores y la transparencia del procedimiento.

Señala que a *la adjudicataria no debería habersele admitido la oferta presentada fuera del marco del proceso digital*, así como que *Bajo ningún concepto el Pliego debería haber planteado la aceptación de información alguna presentada al margen de la Plataforma Plena*, afectando esta circunstancia al sello del tiempo y a la custodia documental.

2ª. Vulneración del secreto del proceso de adjudicación

Alega, con cita del artículo 53 de la LFCP y de las cláusulas 17 y 18 del pliego, que la apertura de las ofertas relativas a los criterios cuantificables mediante fórmulas fue establecida *en acto no público* para el día 1 de diciembre de 2021, pero que, sin embargo, *ya antes de esa fecha y sin publicación alguna en la plataforma de contratación, el día 30 de noviembre de 2021, se enviaron correos electrónicos, al margen de la Mesa de contratación, a algunos de los participantes en la licitación y a otras entidades, en los que se recogían las puntuaciones asignadas a cada uno de los licitadores por la valoración del sobre B, lo cual supone una clara violación del secreto del proceso de adjudicación, dando diferente trato a los licitadores*. Concluye que ello afecta *al sello del tiempo y a la custodia documental, además de a la transparencia e igualdad entre los licitadores*.

3ª. Irregularidades en la presentación de documentación

Alega que la empresa RÍOS RENOVABLES hizo entrega del aval bancario fuera del plazo fijado en el pliego, así como que, *según recoge la LFCP, la subsanación de estos errores debe ser solicitada de forma telemática por la Mesa de Contratación a los interesados, algo que, según se ha documentado, no sucedió*.

Señala que en el acta de la Mesa de Contratación, de 22 de septiembre de 2021, se recoge que *la empresa Ríos Renovables, entre otros asuntos, falta el aval bancario, e informa el secretario que la empresa realizó la consulta relativa a la presentación del aval bancario después de haber presentado la oferta porque no lo habían incluido en la misma. Se les indicó que lo presentaran en el Registro, cosa que hicieron el 21 de septiembre. Se comprueba el registro nº 2021011868 y se constata que el aval tiene fecha del 10 de septiembre, anterior a la finalización del plazo de presentación*.

Alega que la presentación del aval por RÍOS RENOVABLES ha sido irregular porque la Mesa de Contratación no notificó vía telemática el error cometido, no produciéndose la entrega del documento vía telemática, sino a través del registro ordinario de la administración, con vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato.

4ª. Análisis técnico realizado por SIAR INGENIERÍA, que no fue la empresa adjudicataria del contrato como asesores técnicos para la valoración de las ofertas

Señala que con anterioridad a esta licitación se licitó por el órgano de contratación el *servicio de auditoría energética del alumbrado público de Tudela y redacción de pliegos reguladores para el servicio de mantenimiento del alumbrado público de Tudela en base a la simulación acordada de la auditoría energética*, adjudicado a EFICEN RESEARCH, S.L., entre cuyas funciones se encuentra, además de la redacción del pliego de la presente licitación, la valoración técnica de las ofertas presentadas.

Sin embargo, indica que en el expediente constan la empresa SIAR INGENIERÍA, S.L. y su representante, don L. M. N. Z., en una serie de documentos sin referencia alguna al papel que desempeñan, como en el informe de valoración de las ofertas, en las actas de la Mesa de Contratación en donde consta la asistencia de dicha persona en calidad de invitado técnico, habiendo tenido una participación muy activa en las deliberaciones de la Mesa y en la valoración de las ofertas, en el documento calificado como *Informe sobre la presentación del documento Anexo V-Propuesta de ahorros garantizados dentro de la licitación para la concesión del servicio público integral de iluminación exterior, energético y mantenimiento con garantía total, de las instalaciones de iluminación exterior pertenecientes al Ayuntamiento de Tudela (Navarra)*, y en el informe sobre la documentación acreditativa de la solvencia técnica, validando la solvencia de RÍOS RENOVABLES.

Alega que la regulación de la formación, funciones y deberes de los integrantes de la Mesa de Contratación, así como la designación de otros asesores técnicos de la misma como invitados, está prevista en el artículo 50 de la LFCP, donde se recoge que

la incorporación de estos debe ser excepcional, justificarse y publicarse en el Portal de Contratación.

Concluye que ello supone el incumplimiento de la obligación de objetividad, comportando una cierta arbitrariedad de las decisiones y una falta de transparencia.

5ª. Incumplimiento de la Ley Foral en los pliegos en lo referente a los requisitos de solvencia técnica o profesional del licitador

Alega que el pliego es nulo, lo cual no se ha podido detectar hasta la realización de la licitación en la que se ha visto con palmaria claridad que dicho pliego contenía cláusulas destinadas a validar la presentación de ciertas empresas, (...). Extremo que solo ha podido comprobar con el desarrollo del proceso licitatorio y su resultado.

Señala que, en la fijación de los criterios de solvencia, el pliego se separa de lo previsto en el artículo 17.2.b) de la LFCP, crea sus propios criterios y los adecúa para que puedan ser cumplidos no solo por una ESE con experiencia en proyectos de eficiencia energética de alumbrado público, sino por empresas involucradas en otras áreas que nada tienen que ver con el alumbrado público, como puede ser el caso de la explotación de parques fotovoltaicos, (...). También es curioso que el Pliego de Tudela se modifican los plazos de tres años para las referencias de trabajos ejecutados establecidos en el artículo 17 del LFCP y se incrementan muy significativamente, hasta llegar en un caso a diez años, sin justificación aparente alguna.

Respecto a los criterios de solvencia técnica o profesional previstos en el pliego, alega lo siguiente:

- Haber gestionado, en los CINCO (5) últimos años un volumen de energía eléctrica mínimo equivalente al consumo anual de las instalaciones objeto de este contrato.

Señala que no se hace mención alguna a que las referencias sean en contratos de similar naturaleza, como exige el artículo 17 de la LFCP, es decir, en contratos en los

que la empresa actúe como ESE y que la energía suministrada sea a una instalación consumidora de energía eléctrica, como el alumbrado público de Tudela.

Alega que se ha aceptado como gestión de energía eléctrica para cumplir la referencia de solvencia técnica, el volumen de venta a una comercializadora de la energía eléctrica producida por un parque fotovoltaico propiedad de RÍOS RENOVABLES, siendo así que esta actividad, consistente en producir y vender electricidad de un parque fotovoltaico, nada tiene que ver con la eficiencia energética en alumbrado público y no puede ser aceptado como referencia para cumplir la solvencia técnica. Concluye que *esta laxitud en la interpretación de los Pliegos no era posible ex ante su aplicación por la Mesa, pues vulnera el espíritu de la Ley Foral y de la Directiva Europea.*

- Haber realizado en los DIEZ (10) últimos años actuaciones de mejora de la eficiencia energética en alumbrado exterior por importe mínimo de 2.500.000 euros.

Señala que en este requisito, a diferencia del anterior, se exige que los proyectos de eficiencia energética sean de alumbrado exterior, pero se da un plazo de 10 años para cumplir el importe mínimo exigido, cuando el artículo 17 de la LFCP establece un plazo máximo de 3 años. Alega que *es evidente que la lectura de este criterio de solvencia, tal y como se ha aplicado era difícil de entender desde el prisma del art. 17 de la LFCP, ex ante a la aplicación hecha por la Mesa de contratación pues supone un ataque directo al espíritu de la norma sobre solvencia de los licitadores (...). Y este extremo era imposible de interpretar antes de la licitación por la poca claridad de la cláusula.*

- Haber realizado en los CINCO (5) últimos años servicios de mantenimiento de equipos e instalaciones eléctricas cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 163.567,07 euros (70% de la anualidad media del contrato).

Alega que, al igual que en el primer requerimiento de solvencia, en este no se respeta el principio establecido en el artículo 17 de la LFCP de contratos de similar naturaleza, no siendo *posible prever que la Mesa de contratación interpretaría de manera tan holgada y poco ajustada la Ley Foral dicho requerimiento, ya que de la*

interpretación de la Mesa se abre la vía a contratos de mantenimiento de equipos e instalaciones eléctricas de cualquier tipo, que nada tienen que ver con el mantenimiento a realizar en los contratos de alumbrado público, dando cabida, por ejemplo, al mantenimiento de parques fotovoltaicos, como es el caso de la adjudicataria.

Concluye que Todo esto supone una arbitrariedad contraria al principio de igualdad consagrado en la Constitución Española en su artículo 14 y es un vicio de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 47,1º a de la Ley 39/15 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones del Estado, (...).

6ª. Valoración de ofertas no ajustadas a los pliegos al considerar en la valoración subjetiva criterios de solvencia técnica no establecidos en los pliegos

Alega que en el informe de valoración de las ofertas técnicas realizado por EFICEN RESEARCH y SIAR INGENIERÍA se recogen criterios que corresponden a requisitos de solvencia técnica o profesional (incluidos en el apartado del concurso en el Sobre A) como criterios cualitativos de diferenciación entre licitadores utilizados para soportar la puntuación subjetiva, siendo evidente que se han vulnerado los principios de publicidad, dado que dichos subcriterios aplicados en la valoración en ningún caso estaban establecidos en los pliegos, y desde luego nada tiene que ver con los documentos establecidos en la cláusula 13. Contenido del sobre nº B “Oferta relativa a criterios cualitativos” del PCAP, ni en la cláusula 8.1 que dice: (...).

Alude a la valoración de la oferta de RÍOS RENOVABLES en el punto Estudio técnico puntuaciones P1, P2 y P3, donde Se está soportando la puntuación en los medios aportados por el licitador y, sin embargo, no en su metodología y organización tal y como exige el PCAP.

Todo ello con independencia de que el propio Pliego no se ajusta a derecho al asignar puntuación a los medios propuestos por el licitador, cuando este criterio es un criterio de solvencia técnica y no de valoración subjetiva. Por tanto, no puede valorarse lo que ha sido requisito para participar.

7ª. Valoración de criterios subjetivos de las ofertas no ajustadas a lo establecido en los pliegos

Alega que se ha valorado incorrectamente el subcriterio que valora con un máximo de 15 puntos la *coherencia de la propuesta y la claridad y precisión de las actuaciones, en particular, el grado de detalle de las características de los equipos a instalar y estudios luminotécnicos de las vías*, del criterio *Memoria técnica de la prestación mejora y Renovación de las Instalaciones del alumbrado público exterior-P4*.

Señala, a este respecto, que todos los licitadores presentaron la misma propuesta de equipos a instalar, los definidos por la auditoría, y los mismos estudios lumínicos, facilitados por el fabricante de las luminarias, por lo que, en condiciones normales, no puede haber ninguna diferencia en esta puntuación. Alega que, sin embargo, las ingenierías que han firmado el informe de evaluación *han definido sus propios criterios para valorar las propuestas, al margen del Pliego y han establecido diferencias muy significativas entre los diferentes licitadores, cuando el producto ofrecido es siempre el mismo*.

Analiza, a continuación, la valoración realizada de la oferta de algunos licitadores:

- ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L.: indica que el informe de valoración señala sobre su propuesta *Que el licitador cumple con todos los requisitos mínimos exigidos en los Pliegos*.

Que el licitador realiza exactamente la propuesta de la auditoria, no aporta valor añadido de mejoras a la solución inicial. Solamente aporta las secciones de cálculos luminotécnicos de la auditoria por tanto su propuesta carece de un análisis detallado de las propuestas lumínicas, sin justificar cuales se ajustan a las necesidades reales.

La propuesta para este apartado del licitador es coherente, pero le falta claridad, precisión y profundidad sobre las actuaciones a ejecutar. Las características técnicas de los equipos y los estudios lumínicos cumplen los requisitos establecidos en las bases de la licitación.

Alega que su oferta resulta penalizada por realizar la propuesta de la auditoría y no aportar valor añadido de mejoras, cuando el pliego en ningún caso exige ni valora la aportación de mejoras en la auditoría. Considera, por tanto, que la valoración no se adecúa al pliego, reduciéndose su puntuación de un máximo de 15 puntos a sólo 5.

- RÍOS RENOVABLES: indica que el informe de valoración señala respecto a la oferta *Que el licitador cumple con todos los requisitos mínimos exigidos en los Pliegos.*

Que el licitador realiza la propuesta de la auditoria con respecto a marca y modelo de los equipos previstos. Tal y como define en su apartado 2.1.1. Aporta un total de 4 modificaciones respecto a la solución prevista en auditoria, detalladas en el apartado 2.1.3. Las propuestas de cambio están justificadas con secciones de cálculos asociadas a cada una de las modificaciones indicadas. Se denota un análisis en profundidad de la solución de auditoria, llevando a cabo alternativas que tiene como objetivo optimizar el proyecto lumínico en su conjunto.

La propuesta para este apartado del licitador es coherente, el grado de detalle sobre las actuaciones previstas es de un nivel excelente y facilita el análisis de las intervenciones. Las características técnicas de los equipos y los estudios lumínicos cumplen los requisitos establecidos en las bases de la licitación.

Alega que *para el mismo producto que el resto de los licitadores, con las mismas características de los equipos y los mismos estudios lumínicos, la propuesta de RÍOS RENOVABLES es merecedora de 13 de los 15 puntos máximos, ya que ha modificado la propuesta de la auditoría, con su propio criterio y porque el grado de detalle de sus actuaciones es excelente, según el evaluador, criterios ambos no establecidos en el Pliego.*

- SICE: señala que en el informe de evaluación se indica que *El licitador realiza la propuesta de la auditoria, no aporta valor añadido de mejoras a la solución inicial. Solamente aporta las secciones de cálculos luminotécnicos de la auditoria por tanto su propuesta carece de un análisis detallado de las propuestas lumínicas, justificando cuales se ajustan a las necesidades reales.*

La propuesta para este apartado del licitador es coherente, pero le falta claridad, precisión y profundidad sobre las actuaciones a ejecutar. Las características técnicas de los equipos y los estudios lumínicos cumplen los requisitos establecidos en las bases de la licitación, pero existen incongruencias de carácter grave y falta de resolución.

Reitera, a este respecto, que la valoración se ha hecho con criterios propios, sin adecuarse al pliego, reduciendo la puntuación del licitador de 15 a 5 puntos.

- VEOLIA: señala que el informe establece que *El licitador cumple con todos los requisitos mínimos exigidos en los Pliegos.*

El licitador realiza la propuesta de la auditoria con respecto a marca y modelo de los equipos previstos. Tal y como define en su apartado 6.1.3. No aporta propuestas de modificación con respecto a la solución de auditoria. Las secciones de cálculo son las existentes en el documento auditoria.

La propuesta para este apartado del licitador es coherente, el grado de detalle sobre las actuaciones previstas es de buen nivel y facilita el análisis de las intervenciones. Las características técnicas de los equipos y los estudios lumínicos cumplen los requisitos establecidos en las bases de la licitación. Carece del nivel de detalle suficiente las actuaciones complementarias casa del reloj e instalaciones semafóricas.

Señala, a este respecto, que la propuesta es merecedora de 7 de los 15 puntos máximos, cuando el producto es el mismo que el del resto de licitadores, con las mismas características de los equipos y los mismos estudios luminotécnicos.

Alega, asimismo, que toda la documentación de las mejoras a las soluciones establecidas en la auditoria introducidas por RÍOS RENOVABLES en su oferta, *que teóricamente han servido de base para la obtención de esta excelente puntuación, han sido declaradas confidenciales por dicho licitador, no habiendo podido ser analizadas, causando perplejidad e indefensión, todo y haber sido solicitadas por escrito.* Señala que *no pueden declararse confidenciales pues no se trata de un elemento derivado de la propiedad intelectual o de patentes, sino de una oferta de mejora de la auditoria que no tiene un componente técnico singularizado que permita tal definición.*

8ª. Claro trato de favor por la ingeniería a RÍOS RENOVABLES en la evaluación de la Memoria Técnica

Alega que se ha valorado incorrectamente el subcriterio que valora con un máximo de 5 puntos el *Ahorro en el consumo de energía garantizado asociado a las inversiones a realizar, justificación del estudio energético con los ahorros conseguidos*, del criterio *Memoria técnica de la prestación mejora y Renovación de las Instalaciones del alumbrado público exterior-P4*.

Señala que la ingeniería ha asignado las siguientes puntuaciones por este concepto:

- RÍOS RENOVABLES un consumo mínimo garantizado de 966.009 kw/h/año: 4 puntos.
- VEOLIA un consumo mínimo garantizado de 863.281,80 kw/h/año: 3,5 puntos.
- SICE un consumo mínimo garantizado de 1.103.800 kw/h/año: 1,5 puntos.
- ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE un consumo mínimo garantizado de 912.780 kw/h/año: 1 punto.

Alega que la *ingeniería que ha realizado la valoración de las ofertas, en lugar de analizar los ahorros se ha centrado en describir la regulación propuesta por cada uno de los licitadores. (...). Como sería lo normal, debería primarse el % de ahorro garantizado por cada licitador y al licitador que oferte un mayor % de ahorro y un menor consumo mínimo garantizado. Es muy cercano a una valoración por fórmulas que no subjetiva, pues es un dato objetivable y determinado por cálculos matemáticos, que converge en un valor cierto y concreto.*

Respecto a la oferta de RÍOS RENOVABLES, alega que el informe no realiza referencia alguna al ahorro energético garantizado ni a la justificación del estudio energético con los ahorros conseguidos, como establece el pliego.

Alega que lo más significativo es que la ingeniería no haga referencia alguna en su informe de evaluación a lo indicado por RÍOS RENOVABLES en su oferta, en donde indica que el análisis de los ahorros mostrado en el sobre B, que es el sobre evaluado por la ingeniería, no se corresponde a la realidad y que es una simple simulación teórica al objeto de no mostrar en el sobre B los ahorros reales previstos ya que los indicará en el sobre C, tal y como puede apreciarse en las páginas 958, 972 y 983 de su oferta.

Concluye que en el análisis de ahorros que RÍOS RENOVABLES ha incorporado en la Memoria técnica incluida en el sobre B, no se ha considerado el consumo previsto según el PCAP ni las condiciones de regulación establecidas en el capítulo 8 del PCTP, sino que se han realizado utilizando las condiciones de regulación propias de RÍOS RENOVABLES y como indica en su oferta y puede demostrarse, nada tiene que ver con el consumo máximo garantizado que RÍOS RENOVABLES indicó en su oferta.

9ª. Evidente trato de favor a RÍOS RENOVABLES en la evaluación del cumplimiento de los requerimientos de solvencia técnica

Alega que se ha distorsionado la aplicación de los criterios de solvencia técnica favoreciendo a RÍOS RENOVABLES.

Así, respecto al primero de los criterios de solvencia previstos en el pliego (*Haber gestionado, en los CINCO (5) últimos años un volumen de energía eléctrica mínimo equivalente al consumo anual de las instalaciones objeto de este contrato*), reitera lo ya expuesto de que lo que se presenta como referencia son contratos de generación eléctrica en plantas fotovoltaicas, que poco o nada tienen que ver con la gestión del alumbrado público, como sucede con los contratos de suministro de energía a Fenie Energía. Alega que en el informe de comprobación del cumplimiento de dichos requerimientos se da por bueno lo presentado por RÍOS RENOVABLES, sin hacer comprobación alguna sobre las cifras incorporadas en sus tablas, ni acerca de la naturaleza de los proyectos presentados. Así, si se analiza con detalle la documentación presentada se pone de manifiesto que dicha empresa sólo tiene adjudicados cinco pequeños proyectos de eficiencia energética de alumbrado público en los que actúa

como ESE, que en su conjunto equivalen a un 25% aproximadamente del proyecto de Tudela.

Respecto a los contratos con ayuntamientos aportados, alega que en los mismos no se refleja la cifra de Kw/h/año de energía gestionados, y, en concreto, el del Ayuntamiento de Graus está adjudicado a una UTE en la que participa RÍOS RENOVABLES, no ajustándose los Kw/h/año en función de su porcentaje de participación.

Respecto al contrato de suministro de electricidad a la Mancomunidad Residencial San Francisco Javier, alega que no puede admitirse ya que la gestión energética del mismo no es suministro de electricidad, sino gestión energética de diversos combustibles.

En relación con el segundo de los criterios de solvencia técnica (*Haber realizado en los DIEZ (10) últimos años actuaciones de mejora de la eficiencia energética en alumbrado exterior por importe mínimo de 2.500.000 euros*) alega que en los últimos tres ejercicios RÍOS RENOVABLES no llega a justificar ni siquiera la cantidad de 500.000 euros en sus proyectos *y necesita irse a 10 años para cubrir la cifra establecida por el Pliego*. Igualmente, alega que no consta en el informe de cumplimiento que se hayan comprobado las cifras de cada uno de los contratos aportados, ni que se haya considerado el porcentaje de participación de RÍOS RENOVABLES en la UTE adjudicataria del contrato del Ayuntamiento de Graus.

Respecto al tercer criterio de solvencia técnica (*Haber realizado en los CINCO (5) últimos años servicios de mantenimiento de equipos e instalaciones eléctricas cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 163.567,07 euros (70% de la anualidad media del contrato)*) alega que debería interpretarse como *mantenimiento de equipos e instalaciones eléctricas del alumbrado público*, así como que para que RÍOS RENOVABLES pueda cumplir la cifra mínima exigida por los pliegos *se ha tenido que realizar una lectura desnaturalizada de la cláusula ajena a la norma, y que no era previsible para ningún licitador, e incorporar un contrato de mantenimiento de una planta fotovoltaica, que, obviamente, nada tiene que ver con el mantenimiento de una instalación de alumbrado público*.

Alega, respecto al contrato de mantenimiento del parque fotovoltaico, que en *ningún sitio de la certificación de Aliwin Plus, S.L., aportada por Ríos Renovables como soporte de este contrato, se indica el importe del contrato a asignar a cada una de estas partidas* – señaladas por el recurrente con anterioridad – *y en particular a la partida de mantenimiento preventivo y correctivo eléctrico*. Señala que RÍOS RENOVABLES asignó a esta referencia en su justificación un importe de 159.000 euros anuales, el 59% del importe total del contrato, sin que el informe de cumplimiento de los requisitos del pliego haya justificado este importe o requerido a dicho licitador su justificación.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita la anulación del procedimiento de licitación, así como que se acuerde su suspensión en tanto no se resuelva la reclamación. Asimismo, solicita la práctica de la prueba consistente en requerir al secretario municipal que certifique si la empresa SIAR INGENIERÍA, S.L. ha sido contratada por el Ayuntamiento de Tudela para el análisis y valoración de las ofertas, con identificación del contrato, fecha, importe y contenido del encargo.

QUINTO.- Con fecha 20 de enero se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 26 de enero, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, los días 29 y 31 de enero el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que comienza señalando que, si bien se impugna el acto de adjudicación, lo que subyace fundamentalmente no es sino la impugnación indirecta de las cláusulas 7 (Solvencia

técnica y profesional) y 11 (Presentación de proposiciones) del pliego. Alega, a este respecto, que conforme a la doctrina y la jurisprudencia, una vez consentidos los pliegos devienen firmes, así como que la única excepción a esta regla es que los pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho que no hubieran podido detectarse en el momento de su aprobación por una interesada normalmente diligente y razonablemente informada.

Señala que se alega la falta de claridad de dichas cláusulas, si bien no se indica en qué no son claras ni se concretan los motivos que llevan a no entenderlas desde el primer momento y no haber conocido su alcance. Así, el aumento del periodo de tiempo previsto por la ley que sirve para acreditar la solvencia es clara y no está sujeta a interpretación. Respecto a la presentación de parte de la oferta en el registro del Ayuntamiento, señala que también era conocido desde el principio por el reclamante, que obró de igual forma, como hizo constar expresamente en el escrito de presentación de su oferta que se adjunta como Documento 1.

Formula, a continuación, alegaciones respecto a cada uno de los motivos de recurso, siguiendo el mismo orden contenido en la reclamación.

1ª. Presentación irregular de documentación. Fuera de la plataforma digital

Alega que, como se ha expuesto, el recurrente presentó documentación de esta forma, al igual que otros tres de los seis licitadores, lo que le incapacitaría para recurrir esta cuestión por ir en contra de sus propios actos.

Asimismo, señala que la presentación de documentación en una USB en el registro del Ayuntamiento de Tudela se preveía en la cláusula 11 del pliego, lo cual se justifica en la gran complejidad del contrato y en la mucha documentación técnica que debían presentar los licitadores, de tal forma que la limitada capacidad de PLENA no permitía presentar dicha documentación a través de esta plataforma. Transcribe, a este respecto, la consulta que remitió al soporte de PLENA y del Portal de Contratación en fase de preparación del contrato, así como la respuesta que recibió.

Manifiesta que, siendo la regla general del artículo 95 de la LFCP que la presentación de proposiciones se realice a través de PLENA, no es menos cierto que también se prevé la posibilidad de presentación de documentos de otra forma, como establece el artículo 47.2 de la LFCP, aunque no se especifica en qué supuestos, así como que la Directiva 24/2014 y la D. 15.3 de la LCSP prevén otros medios de presentación de ofertas.

Alega que la opción se adoptó sin infringir la confidencialidad de las ofertas, como señala la propia cláusula 11 y resulta de la tramitación del procedimiento.

2ª. Vulneración del secreto del proceso de adjudicación

Alega que el reclamante no acredita la vulneración del secreto de las proposiciones en el sentido previsto en el artículo 53.2 de la LFCP, queriendo utilizar una errata existente en la cláusula 18 del pliego.

Señala que la Mesa de Contratación no abrió ni conoció ningún dato del Sobre C antes de finalizar la valoración del Sobre B, siendo así que los criterios cualitativos se valoraron el 26 de noviembre y la apertura del sobre de los criterios que se valoran mediante fórmula se produjo el 1 de diciembre.

Reconoce que el 30 de noviembre pudieron enviarse correos electrónicos a los licitadores informando de las puntuaciones resultantes del Sobre B, siendo criterio del Ayuntamiento facilitar la información técnica y los informes que la soportan cuando la Mesa ya ha decidido sobre ellos y son definitivos, en virtud del principio de transparencia.

3ª. Irregularidades en la presentación de documentación

Alega que la presentación del aval provisional se hizo por registro electrónico y no ordinario, como alega la reclamante, no existiendo en absoluto falta de transparencia, pues se dejó constancia de lo sucedido en el acta de la sesión de la Mesa de Contratación de 22 de septiembre de 2021.

Señala que, ante la comprobación de que el aval había sido presentado mediante registro electrónico el 21 de septiembre, fuera de plazo, la Mesa de Contratación consideró que requerir la subsanación de algo que ya estaba subsanado carecía de sentido y, en aplicación del principio de economía administrativa, admitió la propuesta.

Alega que, en todo caso, se trataría de un defecto formal no determinante de anulabilidad, en los términos previstos en el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, considerando que el aval se formalizó el 10 de septiembre, antes del cierre del plazo de presentación de proposiciones, que iba del 27 de julio al 20 de septiembre de 2021.

4ª. Análisis técnico realizado por SIAR INGENIERÍA, que no fue la empresa adjudicataria del contrato como asesores técnicos para la valoración de las ofertas

Señala que, como expone la reclamante, el Ayuntamiento de Tudela adjudicó a EFICEN RESEARCH, S.L. el contrato de servicios de auditoría energética del alumbrado público de Tudela y redacción de los pliegos reguladores para el mantenimiento del alumbrado público, donde se incluía la valoración técnica de las ofertas.

Alega que dentro de la oferta técnica presentada por dicha empresa se incluía a don L. M. N. Z., que consta en el organigrama presentado por aquella, como se acredita mediante el Documento 2, estando legitimado para realizar los informes aportados a la Mesa de Contratación en calidad de Ingeniero Técnico Industrial. Señala que en ningún caso aparece la empresa SIAR INGENIERÍA, S.L., que lleva sin actividad alguna desde el año 2017, siendo así que solamente aparece en el informe justificativo de la puntuación de las propuestas técnicas su denominación comercial que sigue utilizando el citado ingeniero, que ejerce como autónomo.

5ª. Incumplimiento de la Ley Foral en los pliegos en lo referente a los requisitos de solvencia técnica o profesional del licitador

Alega que el reclamante impugna el pliego, por lo que se remite a lo ya señalado respecto a la inadmisibilidad de dicha impugnación.

Señala, asimismo, que los límites temporales previstos en los criterios de solvencia técnica y profesional del artículo 17.2 se refieren a contratos de obras, servicios y suministros, encontrándonos en un contrato de concesión de servicios, para los que la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, no especifica las formas de acreditación de la solvencia técnica (artículo 38), por lo que resulta de aplicación la regla general del artículo 17.1 (*El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada*).

Relaciona, a continuación, los requisitos de solvencia previstos con las prestaciones incluidas en el contrato conforme a la cláusula 1 del pliego, concluyendo que la solvencia exigida es adecuada y proporcionada a la prestación del contrato.

Alega que dichos criterios son claros y precisos, siendo iguales para todos los licitadores y no favoreciendo a ninguno de ellos.

6ª. Valoración de ofertas no ajustadas a los pliegos al considerar en la valoración subjetiva criterios de solvencia técnica no establecidos en los pliegos

Alega que el reclamante no especifica qué criterios de solvencia técnica o profesional se han utilizado para valorar las ofertas técnicas, ni porqué la valoración de las ofertas no se ha ajustado a lo dispuesto en el pliego, poniendo como único ejemplo el relativo a la valoración del *Estudio Técnico puntuaciones P1, P2 y P3* de RÍOS RENOVABLES.

Señala que ningún criterio de adjudicación del contrato se corresponde con requisitos de solvencia técnica, así como que en la valoración de la oferta del reclamante en el criterio antes citado también se valoraron los medios aportados, instalaciones y vehículos, así como la metodología y organización, conforme a lo establecido en el pliego, por lo que no ha existido ningún trato de favor.

7ª. Valoración de criterios subjetivos de las ofertas no ajustadas a lo establecido en los pliegos

Alega que no es cierto que el reclamante no tuviera acceso a la oferta del adjudicatario, por cuanto solicitó dicho acceso el 12 de enero y se le facilitó el 13 de enero, como se justifica mediante el Documento 3.

Alude a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas cualitativas de los licitadores y señala que no es cierto lo afirmado por el reclamante en el sentido de que todos los licitadores presentaran los mismos equipos a instalar y los mismos estudios lumínicos, por cuanto cuatro de ellos consideraron como base la propuesta de auditoria y otros dos plantearon una solución que no se ajusta a las condiciones del pliego técnico.

Señala que, tal y como se argumenta en el informe técnico de análisis de las diferentes propuestas, de los cuatro licitadores que optaron por mantener las características técnicas de la solución prevista en la auditoria, RÍOS RENOVABLES presentó variaciones con respecto a la solución base, acreditando por ello un análisis pormenorizado de la instalación y del nivel de conocimiento necesario para garantizar el desarrollo del proyecto según las especificaciones de los pliegos.

Manifiesta que la auditoria no puede ser considerada como proyecto lumínico definitivo, siendo importante profundizar en las diferentes soluciones planteadas con el objetivo de acreditar las soluciones previstas en la oferta definitiva, siendo así que el Anexo I del pliego técnico indica que *Esta Auditoria se presenta exclusivamente a título informativo.*

Concluye que las diferentes propuestas de los licitadores a nivel de equipos luminotécnicos están perfectamente descritas en el *Informe Puntuación Propuestas Técnicas Licitadores_Tudela*, no acreditándose error alguno en la valoración técnica ni arbitrariedad.

8ª. Claro trato de favor por la ingeniería a RÍOS RENOVABLES en la evaluación de la Memoria Técnica

Alude, nuevamente, a la discrecionalidad técnica, de resultados de la cual la puntuación basada en valoraciones técnicas únicamente puede ser combatida si se demuestra arbitraria o hay errores manifiestos.

Alega que la puntuación obtenida en este criterio nada tiene que ver con el nivel de consumo obtenido en los cálculos realizados, sino que lo que se puntúa es el detalle de las inversiones previstas, además de la coherencia y la claridad del procedimiento de cálculo utilizado.

Señala que el cálculo de consumo de energía previsto desarrollado por RÍOS RENOVABLES se lleva a cabo considerando la propuesta de regulación de flujo luminoso prevista a implantar en caso de ser adjudicatario, con el objetivo de no utilizar las condiciones previstas en el pliego técnico, ya que el resultado que se obtendría sería el *consumo máximo garantizado (EAO)*, dato que forma parte del Anexo V y por tanto del Sobre C.

Manifiesta que la capacidad de ahorro adicional con respecto al consumo máximo garantizado en caso de implantarse la lógica de regulación prevista por RÍOS RENOVABLES será la diferencia: 966.009 kWh/año (consumo máximo garantizado, EAO, Anexo V) – 859.203 kWh/año (consumo de energía previsto) = 106.806 kWh/año. Por lo tanto, la conclusión es que cuanto mayor es el valor de EAO, mayores ahorros superiores a los garantizados se obtendrán en el ajuste anual, hecho que favorece a los intereses del promotor.

Concluye que el consumo máximo garantizado (EAO) no es objetivo de puntuación, ni subjetiva ni objetiva, solamente trata de establecer un techo al consumo previsto. Con respecto a los ahorros, el factor objeto de puntuación es el reparto de los ahorros superiores a los garantizados, con lo que quiere decirse que si el consumo energético anuales es inferior al previsto (EAO), la diferencia se repartirá entre promotor y adjudicatario.

9ª. Evidente trato de favor a RÍOS RENOVABLES en la evaluación del cumplimiento de los requerimientos de solvencia técnica

Alega que resulta paradójico que se afirme que los criterios de solvencia técnica son oscuros e inconcretos y que se han puesto para que una empresa pueda acceder a la licitación, para luego decirse que la misma no cumple los requisitos que, supuestamente, se le han preparado *ad hoc*.

Señala que el reclamante pretende suprimir del listado de contratos aportados alguno porque no son suministros de energía a instalaciones de alumbrado, insistiendo al respecto que lo que se pretende con el requisito de solvencia es garantizar el suministro de energía, independientemente de que el suministrador tenga o no contratos específicos relativos a suministro de alumbrado.

Respecto al contrato con el Ayuntamiento de Graus, señala que la participación de RÍOS RENOVABLES en la UTE era del 90%, así como que dicha UTE se disolvió, cediéndose la totalidad de la participación a dicha empresa el 31 de enero de 2017, aportando los datos corregidos durante los años de UTE en proporción a su participación.

Así, con respecto a la gestión de contratos de energía eléctrica, señala que la solvencia acreditada por el adjudicatario es un 659% superior a la indicada en el pliego, y el volumen de energía gestionado por dicha empresa en el ámbito de alumbrado público es un 381% superior a aquella.

Respecto al criterio de mejora y renovación de instalaciones de energía, señala que el volumen de actuaciones de mejora de eficiencia energética en alumbrado exterior presentada por la adjudicataria es de 2.916.445,71 euros, por lo que supera en un 16,65% el volumen de solvencia requerido.

Por último, respecto al criterio de mantenimiento y garantía total, señala que el volumen de negocio en el año de mayor ejecución de los últimos cinco, es de 253.654 euros, superando en un 55% la indicada en el pliego.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la inadmisión de la reclamación en lo atinente a la impugnación del pliego y la desestimación del resto de las alegaciones formuladas. Igualmente, señala que la recurrente *lleva en su propuesta como complemento de*

solvencia, a la empresa GIMA, S.A. actual adjudicatario que se beneficia del actual contrato todo el tiempo de suspensión que pueda lograr con este recurso. Consideramos que el recurso ha sido interpuesto sin argumento alguno y de manera temeraria y con mala fe está trufado de insinuación y datos y afirmaciones sin hacer ni un mínimo esfuerzo probatorio, muchas de ellas rozando la calumnia, por lo que en aplicación del art. 127 LFCP solicitamos la imposición de una multa.

SEXTO.- Con fecha 3 de febrero se requirió al órgano de contratación para que procediera a completar el expediente remitido, habiendo dado contestación a dicho requerimiento el 4 de febrero.

El 7 de febrero se remitió un nuevo requerimiento con el mismo objeto, que fue respondido el día 9.

SÉPTIMO.- El 9 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, habiendo presentado alegaciones RÍOS RENOVABLES, S.L.U. con fecha 10 de febrero en los siguientes términos:

1ª. Falta de legitimación de la recurrente por cuanto el recurso no se fundamenta en un interés legítimo con efectos jurídicos materiales en su esfera jurídica, además de impugnarse extemporáneamente el pliego regulador

Alega que los motivos alegados no constituyen un interés legítimo cuya potencial estimación pudiera modificar la esfera jurídica subjetiva de la recurrente, puesto que no podría adquirir la condición de adjudicataria debido a la posición que ocupa en la clasificación de las ofertas. Señala, a este respecto, que no cuestiona la valoración de las ofertas de la adjudicataria ni de la segunda clasificada, ni defiende que se le daban atribuir los puntos necesarios para convertirse en la adjudicataria del contrato.

Asimismo, alega que intenta impugnar indirectamente el pliego regulador de la licitación sin base ni fundamentación jurídica alguna y de forma tardía. Señala que no acredita que el motivo de impugnación alegado no pudiera conocerse desde la

publicación del pliego en el Portal de Contratación de Navarra, no justificando tampoco la concurrencia de ninguna causa tasada de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Razones por las cuales considera que procede la inadmisión de la reclamación especial interpuesta.

2ª. No hubo incorrecta presentación de la documentación en el procedimiento, habiéndose seguido lo indicado en el pliego regulador

Alega que la presentación de documentación sobre la oferta técnica sujeta a criterios de juicio de valor en el registro del Ayuntamiento de Tudela está prevista en la cláusula 11 del pliego, debido a las limitaciones informáticas de PLENA, incorporando dicha cláusula las debidas garantías. Señala que esto es conocido por el recurrente, que transcribe en la página 10 de su recurso la citada cláusula, por lo que no hay incorrecta presentación de documentación o que pueda vulnerar los principios de igualdad y no discriminación, transparencia o concurrencia en la licitación.

3ª. No se producen irregularidades en la presentación del aval bancario

Alega que el aval bancario no pudo presentarse por PLENA porque no existía un apartado específico para ello, presentándose al día siguiente de la finalización del plazo de presentación de ofertas por registro general siguiendo las directrices del órgano de contratación, teniendo presente que se trata de documentación fechada y acreditativa de un requisito existente antes de la finalización del citado plazo.

Aporta documentación relativa a la consulta que realizó al respecto y a la respuesta recibida, alegando que la documentación del Sobre A es subsanable, no viéndose perjudicados la transparencia, la igualdad, equidad o concurrencia del procedimiento.

4ª. Sobre el supuesto incumplimiento de los requisitos de solvencia técnica y profesional previstos en el pliego regulador: la recurrente impugna el pliego de forma

extemporánea y con mala fe. Ríos Renovables presentó la documentación acreditativa de la solvencia en base al pliego regulador

Reitera que el recurrente impugna extemporáneamente el pliego de forma desproporcionada, en contra de sus propios actos y con mala fe.

Alega que el órgano de contratación tiene discrecionalidad para la determinación de los criterios de solvencia que entienda que responden mejor al objeto del contrato, no entendiendo la argumentación que realiza la recurrente respecto a la ilegalidad del criterio *por referencia a los años*, aludiendo igualmente a la experiencia en contratos de mantenimiento eléctrico, siendo este tipo de contratos los que aportó Ríos Renovables.

Alega, asimismo, que los contratos que ha aportado acreditan la necesaria solvencia técnica, tal y como lo entiende el órgano de contratación:

A) Solvencia técnica soportada por los contratos de suministro de energía eléctrica: *Haber gestionado, en los CINCO (5) últimos años un volumen de energía eléctrica mínimo equivalente al consumo anual de las instalaciones objeto de este contrato.*

Señala que, tal como consta en el expediente de contratación, la solvencia aportada por Ríos Renovables acredita que en los últimos cinco años se gestionó un volumen de energía equivalente al solicitado por un total de 6.419.042 kWh, puesto que se presentan contratos vinculados con la parte P1 relativos a contratos ESE alumbrado público, contratos ESE instalación térmica y contratos de generación fotovoltaica. Por ello, se acreditan proyectos de alumbrado público que representan un nivel muy superior a la energía potencialmente objeto de consumo del alumbrado del Ayuntamiento de Tudela.

Alega que cuando la recurrente defiende que los contratos no presentados *son contratos de generación de electricidad en plantas fotovoltaicas, que poco o nada tiene a ver con la gestión del alumbrado público, más allá que ambas tienen relación con la electricidad*, comete un error de juicio, habida cuenta que los contratos presentados están directamente vinculados con el punto P1 definido en el pliego regulador.

B) Solvencia técnica soportada por el volumen de proyectos gestionados: *Haber realizado en los DIEZ (10) últimos años actuaciones de mejora de la eficiencia energética en alumbrado exterior por importe mínimo de 2.500.000 euros.*

Reproduce lo ya expuesto respecto a la impugnación extemporánea del pliego. Alega, asimismo, que Ríos Renovables acredita un volumen de actividades de mejora de eficiencia energética en alumbrado exterior por un total de 2.961.797,73 euros, lo que supera en un 18,47% el solicitado y vinculada con la parte de ejecución P4.

C) Solvencia técnica soportada por contratos de mantenimiento: *Haber realizado en los CINCO (5) últimos años servicios de mantenimiento de equipos e instalaciones eléctricas cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 163.567,07 euros (70% de la anualidad media del contrato).*

Alega que los contratos presentados se vinculan con las partes P2 y P3 definidas en el pliego regulador.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la inadmisión de la reclamación especial o, en su defecto, su desestimación.

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 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.

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

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo y legítimo, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

QUINTO.- La reclamante presenta reclamación frente a la adjudicación del contrato, con base en las siguientes alegaciones: la presentación irregular de documentación por parte del adjudicatario al no haberse presentado por PLENA; la vulneración del secreto del procedimiento de adjudicación; irregularidades en la presentación del aval por parte del adjudicatario; la irregular participación de SIAR INGENIERÍA y de su representante en el procedimiento; la nulidad del pliego por contravenir el artículo 17.2.b) de la LFCP en relación con los requisitos de solvencia técnica o profesional; la errónea valoración de las ofertas técnicas mediante la aplicación de criterios de adjudicación no previstos en el pliego; trato de favor a la adjudicataria en la valoración de su Memoria Técnica y en la verificación del cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica o profesional. Solicita, en atención a lo expuesto, la anulación del procedimiento de adjudicación, así como su suspensión hasta la resolución de la reclamación y la práctica de prueba respecto a la participación de la empresa SIAR INGENIERÍA en el análisis y valoración de las ofertas.

El órgano de contratación se opone a todas las alegaciones formuladas solicitando la inadmisión de la reclamación en lo relativo a la impugnación del pliego, que entiende extemporánea, la desestimación de las restantes alegaciones, así como la imposición de multa al reclamante.

RÍOS RENOVABLES, empresa adjudicataria del contrato, opone la falta de legitimación del reclamante, así como que la reclamación supone una impugnación indirecta del pliego, por lo que solicita su inadmisión. Supletoriamente solicita su desestimación, formulando diversas alegaciones al respecto.

SEXTO.- Procede comenzar en primer lugar por el examen de la petición de inadmisión de la reclamación formulada por el adjudicatario del contrato, cabe recordar

que esta se fundamenta en la falta de legitimación del reclamante, que no podría obtener beneficio alguno de la estimación de su reclamación, al no poder ser adjudicatario del contrato en ningún caso, así como en la impugnación extemporánea del pliego. Causas de inadmisión de la reclamación que vienen previstas en el artículo 127.3, apartados a) y b), de la LFCP.

Respecto a la legitimación, el artículo 122.1 de la LFCP establece que *La reclamación especial en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales y personas interesadas en la licitación y adjudicación de un contrato público, así como las organizaciones sindicales*, disponiendo su artículo 123.1 que *La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.*

Sobre este requisito procedimental cabe traer a colación la doctrina que, en relación con el concepto de “interés directo o legítimo” como base para el reconocimiento de legitimación mantiene el Tribunal Supremo, resultando significativa a estos efectos, entre otras, su sentencia de 20 de mayo de 2008 (RJ/2008/3491) donde señala que *“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956 (RCL 1956, 1890), viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. (RCL 1978, 2836) y art. 19.1.a) Ley 29/98 (RCL 1998, 1741)] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S.29-6-2004 [RJ 2004, 5449]).*

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000 (RJ 2000, 6726), el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22

de diciembre [RTC 1989, 257]), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990 [RJ 1990, 1454]), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1241], de 17 de marzo [RJ 1995, 2387] y 30 de junio de 1995 [RJ 1995, 5111] y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991 [RTC 1991, 97], 195/1992 [RTC 1992, 195], 143/1994 [RTC 1994, 143] y ATC 327/1997 [RTC 1997, 327 AUTO]).”

Pues bien, partiendo de tales premisas debemos reparar en que el reclamante solicita la anulación de todo el procedimiento de adjudicación del contrato, y no sólo del acto de adjudicación del mismo, por lo que la estimación de la reclamación en los términos en que ha sido formulada sí le reportaría un efecto positivo con incidencia real en su esfera jurídica, como es la posibilidad de concurrir nuevamente al procedimiento de licitación, generándole una nueva expectativa de adjudicación del contrato. Legitimación reconocida por este Tribunal en casos similares anteriores, como los resueltos por los Acuerdos 118/2021, de 29 de diciembre, y 105/2020, de 6 de noviembre.

En los mismos términos se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 648/2018, de 6 de julio, donde señala que *“Es doctrina asentada de este Tribunal (Resolución nº 993/2017, de 27 de octubre) que el recurso especial en materia de contratación no se configura como una herramienta en defensa abstracta de la legalidad, sino que se exige que exista un perjuicio, en virtud del cual una hipotética estimación del recurso habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica del recurrente.*

En el caso que nos ocupa solo la íntegra estimación de su recurso habría de reportarle un beneficio al actor, pues únicamente si se considera que se están valorando criterios no contemplados en los pliegos o que existen contradicción en los mismos generadores de indefensión y discriminación entre los licitadores, cabría considerar que las recurrentes podrían obtener algún beneficio, pues solo por esta vía podrían obtener una nueva posición tras la declaración de nulidad del procedimiento, a saber: el inicio de una nueva licitación y por ende, la presentación de sus proposiciones en otro procedimiento destinado a la adjudicación del mismo contrato.

Siendo pues inseparable en este caso la apreciación de la legitimación del estudio de la cuestión de fondo, ha de procederse al análisis de sus pretensiones para determinar la admisibilidad y ante las alegaciones de vicios de nulidad generadores de indefensión y por ende, de discriminación entre las licitadoras en la forma de valoración de los criterios de adjudicación, hemos de proceder al reconocimiento de su legitimación y en consecuencia, a entrar en el fondo del asunto.”

En segundo lugar, respecto a la reclamación extemporánea del pliego alegada como causa de inadmisibilidad de la misma, cabe señalar que el reclamante no se limita a cuestionar la legalidad de determinadas cláusulas del pliego, sino que formula otras muchas alegaciones que tienen que ver con la adecuación de la forma de presentación de la oferta del adjudicatario al pliego, con la valoración de criterios cualitativos de adjudicación, y con la acreditación de la solvencia técnica o profesional por parte de aquel, entre otras. Por ello, dado que el reclamante no se limita, como decimos, a cuestionar el contenido del pliego, consideramos que no procede la inadmisión de la reclamación por tal motivo, con independencia de la suerte que merezcan dichas alegaciones.

De acuerdo con lo expuesto, procede admitir la reclamación presentada y estudiar de forma individualizada las alegaciones planteadas.

SÉPTIMO.- Debemos examinar, a continuación, la petición del reclamante de suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto a la que cabe recordar que la LFCP, en la redacción dada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé la suspensión automática del acto recurrido por la mera interposición de la reclamación. Así, su artículo 124.4 dispone 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 primero 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 mismo precepto en su apartado tercero 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 realizar un pronunciamiento expreso respecto a la petición realizada por el reclamante.

OCTAVO.- La reclamante alega, en primer lugar, que RÍOS RENOVABLES, entidad adjudicataria del contrato, presentó documentación en una USB, al margen por lo tanto de la aplicación PLENA, lo cual vulnera lo dispuesto en la LFCP y en el pliego, y, con ello, las garantías de confidencialidad y sigilo del proceso, la igualdad entre los licitadores y la transparencia. Igualmente, considera que el pliego no debió permitir la aceptación de información alguna al margen de PLENA.

Respecto a la licitación electrónica, el considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de febrero, señala que *debe hacerse obligatoria (...) tras un período transitorio de 30 meses- una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas.*

Por su parte, el artículo 95 LFCP, en su redacción vigente a la fecha de publicación del anuncio de licitación del contrato, anterior por lo tanto a su modificación por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, establece que *1. La plataforma de licitación electrónica de Navarra, herramienta web bajo la dependencia de la Junta de Contratación Pública de Navarra, es el medio oficial para la presentación de ofertas y solicitudes de participación en las licitaciones de las entidades sometidas a esta ley foral. Su utilización será obligatoria para quien licite, con independencia de su personalidad física o jurídica.*

2. La licitación de los contratos públicos cuya adjudicación requiera un procedimiento distinto del régimen especial para contratos de menor cuantía y de los supuestos del artículo 75.1.c) de esta ley foral, se llevará a cabo a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra.

3. En la plataforma de licitación electrónica de Navarra se presentará toda la documentación correspondiente a las licitaciones en curso con garantía de confidencialidad hasta el momento de su apertura, se establecerá contacto con el órgano de contratación para llevar a cabo las subsanaciones o aclaraciones a la oferta que se soliciten por parte del mismo y se llevará a cabo la apertura de las ofertas

cuando el procedimiento lo requiera, configurándose a todos los efectos de contratación pública, como sede electrónica y registro auxiliar de todas las entidades sometidas a la aplicación de esta ley foral.

La LFCP, por lo tanto, impone a las entidades contratantes la obligación de tramitar las licitaciones por medios electrónicos, sin otra excepción que los procedimientos correspondientes a contratos sujetos al régimen especial de menor cuantía y el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación derivado de la concurrencia de razones técnicas o artísticas o motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos que determinen que el contrato solo pueda ser ejecutado por una empresa o profesional determinados.

Obligación legal que se explica en el Preámbulo de la ley foral en los siguientes términos: *Una de las grandes novedades de la Directiva 24/2014 es que la licitación electrónica será obligatoria con carácter general en los plazos establecidos por la misma. Esto implica que los licitadores puedan presentar sus ofertas de forma íntegramente telemática y que las notificaciones sean electrónicas. Para dar respuesta a esta obligación, se crea la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra, cuya utilización será obligatoria para todas las entidades sometidas a la ley foral, de manera que se facilita la participación de las empresas en los procedimientos, al tener que conocer una única herramienta sea cual sea la entidad que licita el contrato.*

Razón por la cual la disposición transitoria segunda de la LFCP establece que *1. De conformidad con lo establecido por el artículo 90.2 de la Directiva 24/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, las entidades sometidas a esta ley foral no estarán obligadas a licitar electrónicamente sus contratos públicos hasta el día 18 de octubre de 2018, a excepción de los sistemas dinámicos de compra, la puja electrónica o los contratos licitados por centrales de compra.*

2. Las entidades sometidas a esta ley foral podrán utilizar la Plataforma de Licitación Electrónica del Portal de Contratación de Navarra desde que ésta se encuentre en funcionamiento. En todo caso, su utilización será obligatoria, para todas ellas, desde el día 18 de octubre de 2018.

Utilización obligatoria de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra (PLENA) a la que alude el Acuerdo 108/2020, de 12 de noviembre, de este Tribunal, advirtiéndose además que *en esta cuestión la LFCP, en su labor de transposición, va más allá que la Directiva 24/2014, toda vez que impone, a partir de la fecha citada, tal obligación con carácter general, sin contemplar excepción alguna distinta a los contratos adjudicados en régimen de menor cuantía y el supuesto de procedimiento negociado sin convocatoria de licitación recogido en el artículo 75.1.c) del mismo cuerpo legal, habilitando a tales efectos tal plataforma para su utilización por todas las entidades que entran dentro del ámbito de aplicación de dicha norma jurídica. Difiere también de la regulación contenida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuya Disposición Adicional Decimoquinta, en la línea de la Directiva, recoge determinados supuestos en los que los órganos de contratación no están obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas; excepciones que, repetimos, no contempla nuestra Ley Foral.*

Precisión que sirve para dar respuesta a las dudas planteadas por el órgano de contratación en su escrito de alegaciones en relación a en qué supuestos cabe no utilizar dicha plataforma de licitación electrónica, aclarando que la previsión a que alude el artículo 47.2 de la LFCP se refiere, como no puede ser de otra forma, a los supuestos en que el artículo 95.2 permite no utilizar aquella, y solo a estos.

Asimismo, en el citado acuerdo se concluyó que el incumplimiento de la obligación legal de licitar electrónicamente el contrato a través de PLENA constituía un vicio de nulidad de pleno derecho, por concurrir la causa prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece dicha sanción jurídica para los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

No obstante, en el presente caso cabe apreciar que el procedimiento de licitación sí se ha tramitado por PLENA, como prevé la cláusula 11 del pliego y se deriva del propio expediente, si bien el adjudicatario – y otros tres licitadores, entre ellos el propio reclamante – presentaron parte de la documentación que debía incluirse en el Sobre B mediante una USB presentada en el registro del Ayuntamiento de Tudela, y lo hicieron,

precisamente, en cumplimiento de lo dispuesto en el pliego, cuya cláusula 11 señala lo siguiente:

“Cada fichero individual que se anexe en la oferta electrónica tendrá un tamaño máximo permitido de 50 MB. El tamaño total de la oferta, con todos los documentos que la forman, tendrá un tamaño máximo permitido de 300 MB. PLENA no establece límite alguno en el número de archivos que se pueden adjuntar a una oferta.

Únicamente para el “Sobre B Oferta Cualitativa”: Si la documentación a presentar excede de los límites soportados e indicados anteriormente de la plataforma PLENA, se deberá presentar la documentación de forma tal que sea suficiente para valorar la oferta según los Criterios de Adjudicación establecidos. El resto de documentación (insistiendo que se trata sólo del sobre B) se presentará mediante registro de entrada en el Ayuntamiento de Tudela en soporte físico (USB) en sobre cerrado, (para abrirlo el mismo día de apertura del sobre B en PLENA) y que servirá como complemento a la oferta presentada.”

Previsión del pliego que el órgano de contratación justifica en la limitada capacidad de PLENA -300 MB por oferta-, en la complejidad del contrato y en la numerosa documentación que debían presentar los licitadores -alrededor de 1GB de capacidad por oferta-, incorporando en sus alegaciones la consulta que realizó al soporte técnico de la plataforma y la respuesta que esta le dio al respecto.

Debe recordarse, en relación con esta cuestión, el carácter de “lex contractus” que tanto la doctrina como la jurisprudencia atribuyen a los pliegos de contratación, derivado del artículo 53.1 de la LFCP, conforme al cual *Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna.* Vinculación al pliego al que alude la propia cláusula 11 del contrato y cuestión respecto a la que la reciente sentencia 445/2021, de 31 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, señala que *Esta Sala se ha hecho eco en numerosas sentencias, citamos por todas las sentencias dictadas en el Recurso contencioso administrativo 452/2017, el Pliego de cláusulas es la Ley del contrato y obliga tanto a la Administración como al contratista, así se decía: “CUARTO.- De los Pliegos de Cláusulas Administrativas, naturaleza y reglas de interpretación.*

Comenzaremos por señalar que el TS en su sentencia de 29 de septiembre de 2009 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 otro lado, los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecida en la LFCP y, en caso de que esto fuera posible, de acuerdo con el Código Civil.

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 altera 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 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982 ."

Por lo tanto, el adjudicatario se limitó en la presentación de su oferta a dar cumplimiento a lo dispuesto en el pliego que, como decimos, tiene carácter vinculante tanto para los licitadores como para el órgano de contratación, sin que de tal observancia pueda derivarse perjuicio alguno para el mismo.

Pero, es más, como antes se ha apuntado y justifica el órgano de contratación mediante el Documento 1 adjunto a sus alegaciones, el propio reclamante obró de igual forma al completar su oferta técnica mediante un USB, por lo que su alegación contraría los principios de buena fe, confianza legítima y de los actos propios, que requieren el deber de coherencia con el propio comportamiento. Razones por las cuales consideramos que debe desestimarse la alegación formulada a este respecto.

Alega el reclamante, igualmente, que el pliego no debió permitir la aceptación de información alguna al margen de PLENA, lo cual supone un recurso indirecto frente a los pliegos, siendo reiterada la doctrina de este Tribunal en el sentido de admitir la

impugnación indirecta de los pliegos únicamente cuando concurra una causa de nulidad de pleno derecho, siempre y cuando esta no haya podido ser apreciada por el licitador sino con ocasión de su aplicación, por cuanto la solución contraria vulneraría la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe del licitador que aceptó el contenido de aquellos al presentar su oferta, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1 de la LFCP, no manifestando su discrepancia sino cuando no resultó adjudicatario.

Así, la admisión de la impugnación del pliego regulador más allá del momento procedimental habilitado al efecto, con ocasión de uno de los actos posteriores del procedimiento como puede ser la adjudicación resulta excepcional, por cuanto, transcurrido el plazo para recurrirlo y una vez presentada la oferta, el mismo ha devenido firme y consentido. La única excepción a esta regla es, como decimos, que se tratase de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del pliego por una licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación - normalmente, el de la valoración de las ofertas - cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato (sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58). Así se contempla, entre otros, en el Acuerdo 112/2021, de 16 de noviembre, de este Tribunal.

Pues bien, resulta claro que el supuesto vicio que se alega deriva con meridiana claridad de lo previsto en el pliego, siendo evidente que el reclamante conoció dicha previsión y su alcance, tanto es así que, como hemos dicho, aportó parte de su oferta técnica mediante USB, cumpliendo lo señalado en aquel. Por ello, no resulta admisible la alegación que realiza respecto a la legalidad del pliego, que resulta extemporánea, por lo que debe ser desestimada. Además, en este caso no hay una vulneración del procedimiento legalmente establecido, en vista de que la licitación se ha tramitado a través de PLENA, pero dado su limitada capacidad se ha previsto respecto al sobre B la posibilidad de presentar en el caso de que se exceda la capacidad máxima de la aplicación la presentación de la documentación excedente en sobre cerrado a través del registro municipal.

En segundo lugar, la reclamante aduce que el 30 de noviembre de 2021 se enviaron correos electrónicos a algunos licitadores en los que se informaban de las puntuaciones asignadas en la valoración del sobre B, lo cual se hizo antes de la apertura de las ofertas cuantificables mediante fórmulas, que fue realizada en acto no público el 1 de diciembre, vulnerándose con ello el secreto del proceso de adjudicación y los principios de igualdad de trato y de transparencia.

El análisis de este motivo de impugnación ha de partir de la regulación del principio del secreto de las proposiciones contenida en nuestra LFCP que, en su artículo 53.2, dispone que *Las proposiciones serán secretas hasta el momento de su apertura, sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.*

Añade en su artículo 97, sobre la apertura y valoración de las ofertas, que *Cuando la oferta contenga criterios cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas.*

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

Si el órgano de contratación 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 quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez.

Efectuada esta valoración, o examinada la admisión de las ofertas, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra, con al menos tres días de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmula. Esta parte de la oferta debe permanecer secreta hasta el momento señalado en el Portal de Contratación. Una vez realizada la apertura de la documentación, se hará pública la puntuación obtenida por cada persona licitadora en

la valoración de criterios no cuantificables mediante fórmulas, así como la oferta presentada en los criterios cuantificables mediante fórmulas.

Principio que se traslada al pliego en la regulación contenida en sus cláusulas 11 a 18, señalando esta última que Una vez recibidos por la Mesa de Contratación los informes solicitados con el fin de ponderar los criterios cualitativos, la mesa de contratación, en acto público que se celebrará, a través de la plataforma de licitación electrónica, en la fecha y hora que se señale en el correspondiente anuncio de licitación publicado con una antelación mínima de tres días en el Portal de Contratación de Navarra, publicará en la plataforma el resultado de la calificación de la documentación presentada por quienes liciten, indicando las entidades o personas licitadoras admitidas, las inadmitidas y las causas de la inadmisión, y la valoración efectuada de las propuestas técnicas. Seguidamente se abrirán las ofertas relativas a criterios cuantificables mediante formula.

La pretensión de dicha regulación es, como señala el Acuerdo 102/2020, de 4 de noviembre, garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se realiza mediante la aplicación de fórmulas - o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas.

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

Los requisitos antes señalados se establecen y consideran, no como discrecionales, sino de obligado cumplimiento, debiéndose diferenciar, incluso documentalmente y siguiendo un orden de prelación, la valoración de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, de aquellos cuya cuantificación depende de un juicio de valor; de forma que la exigencia de respetar estrictamente la distribución de la documentación relativa a cada criterio de valoración en su respectivo sobre, no es discrecional ni optativa. Requisitos que, como indica la

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2014, van dirigidos a salvaguardar la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas de objetividad, por demandarlo así el artículo 103 CE y el postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE).

Orden de apertura y valoración de las ofertas que en el presente caso se ha cumplido, con garantía del secreto y confidencialidad de las mismas, y respeto a los principios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores. Así resulta del propio expediente de contratación, conforme al cual el 29 de septiembre se produjo la apertura del Sobre B presentado por los licitadores y el 26 de noviembre se examinó el informe de valoración técnico emitido aprobando las puntuaciones de las ofertas, no conociéndose el contenido de las ofertas del Sobre C sino hasta el 1 de diciembre, momento de su apertura. Como decimos, así se refleja en las actas elaboradas por la Mesa de Contratación.

Reconoce el órgano de contratación que el 30 de noviembre, una vez valorado el sobre B y antes de abrir el C, pudieron remitirse correos electrónicos a los licitadores con las puntuaciones correspondientes a la valoración técnica. Sin embargo, consideramos que esta circunstancia no puede tener efecto invalidatorio alguno: en primer lugar, porque como se ha dicho, el secreto de las proposiciones y, con él, el principio de igualdad de trato se ha respetado; en segundo, porque si bien es cierto que la LFCP establece que la puntuación obtenida en la valoración de criterios no cuantificables mediante fórmulas se hará pública tras la apertura del Sobre C, y no antes, lo cierto es que tal circunstancia no podría ser calificada sino, en todo caso, como una irregularidad formal no invalidante, en los términos que prevé el artículo 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al señalar que *La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo*; y, en tercer lugar, porque la remisión de dichos correos electrónicos fue precedida de la publicación de las puntuaciones en PLENA, como resulta del acta del 26 de noviembre, quedando salvaguardada de esta forma la igualdad de los licitadores que pudieron conocer las

puntuaciones correspondientes a la valoración de las ofertas técnicas en el mismo momento.

Señala el reclamante, para finalizar, que la apertura de las ofertas relativas a criterios cuantificables mediante fórmulas se hizo en acto no público, ante lo cual no cabe sino recordar que dicho acto no tiene carácter público desde la modificación del artículo 97 de la LFCP introducida por la Ley Foral 15/2019, de 26 de marzo, que ya en su exposición de motivos señala, entre los aspectos más relevantes de dicha modificación legislativa, *la eliminación del carácter público del acto de apertura de criterios cuantificables mediante fórmulas*. Eliminación del carácter público de las aperturas de este tipo de documentación que, como señala la Circular 1/2019, de la Junta de Contratación Pública, obedece a una voluntad de simplificación, acorde con los principios de actuación del Sector Público, y que está motivada por una razón de oportunidad: con la entrada en vigor de la obligación de licitar electrónicamente, la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra (PLENA) ya cumple con garantías con la función que tenía anteriormente la asistencia de público a la apertura de ofertas económicas, que no era otra que demostrar que el secreto de las ofertas se había mantenido hasta el momento legalmente establecido para asegurar que la valoración de criterios sometidos a juicios de valor se llevase a cabo con carácter previo a dicha apertura y, en consecuencia, evitar lo que se ha llamado *contaminación de la información*. Así lo señaló este Tribunal en su Acuerdo 90/2021, de 3 de septiembre.

Por todo ello, consideramos que esta alegación debe ser desestimada.

En tercer término, se alega irregularidad en la presentación del aval por RÍOS RENOVABLES, habiéndose aportado fuera del plazo fijado en el pliego, sin que la Mesa de Contratación le notificara telemáticamente el error cometido, y habiéndose aportado en el registro del Ayuntamiento, y no por vía telemática, con vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato.

Son varias las cuestiones que surgen a raíz de la alegación formulada. Así, en primer lugar, resulta indiscutible el derecho de los licitadores a subsanar los defectos de que adolezca su documentación administrativa, tal y como prevén los artículos 51.2 y 96 de la LFCP y como señalamos en nuestro Acuerdo 69/2021, de 27 de julio, si bien

dicha subsanación debe limitarse a la acreditación de la existencia del requisito o documento en cuestión, y nunca al propio cumplimiento de aquel. Así, como señala el Acuerdo 88/2018, de 30 de agosto, *se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.*

Por tanto, lo que debe subsanarse no es la falta del requisito sino la falta de acreditación del mismo; debiéndose recordar, a este respecto, el criterio antiformalista a la hora de apreciar el carácter subsanable o no de los requisitos exigidos a los licitadores, y ello en la medida en que la exclusión de los mismos por defectos subsanables en su documentación puede resultar contraria al principio de concurrencia.

Esta posibilidad de subsanación viene prevista igualmente en la cláusula 16 del pliego: *Concluido el plazo de presentación de las ofertas, se procederá en acto privado a la apertura del sobre A. Si del análisis de la documentación se deriva la existencia de omisiones en la documentación o defectos en la presentación de la misma, siempre y cuando tengan la consideración legal de deficiencias subsanables, la mesa requerirá al licitador que complete o subsane la documentación en el plazo mínimo de cinco días naturales contados desde la notificación del requerimiento.*

Pues bien, tal y como se aprecia en el acta de 22 de septiembre de 2021, lo que sucedió en el presente caso es que el licitador RÍOS RENOVABLES no incluyó en el Sobre A de su oferta la acreditación de la constitución de la garantía provisional conforme a lo que prevé la cláusula 12 del pliego, si bien advirtió dicha circunstancia antes de que la Mesa de Contratación procediera a la apertura de dicho sobre, motivo por el cual, tras consultarlo con el Secretario de la Mesa y siguiendo sus instrucciones, presentó dicho documento en el registro electrónico del Ayuntamiento. Hechos ante los cuales debemos examinar si tal proceder fue correcto y, en caso de que no lo fuera, las consecuencias aparejadas a ello.

Ciertamente, la subsanación se produjo antes de que la Mesa de Contratación, órgano competente para ello conforme a la LFCP, requiriera la misma, y se hizo a través del registro electrónico del Ayuntamiento de Tudela y no de PLENA, por indicación del Secretario de la Mesa. Sin embargo, consideramos que dichas circunstancias no deben conllevar el efecto anulatorio alegado atendiendo al criterio antiformalista antes aludido como garantía del principio de concurrencia. A este respecto, la Resolución 286/2015, de 30 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que: *“La propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Informe 48/02 de 28 de febrero de 2003 ha señalado que la falta de constitución de la garantía provisional no puede considerarse un defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación, así como que como se señala en la Resolución de fecha 4 de julio de 2013: “la Resolución de este Tribunal 184/2011 declaró que “la posibilidad de subsanación se contrae exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma. Dispone la Resolución del Tribunal número 469/2014 de fecha 18 de junio: “Las previsiones legales sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos para contratar deben entenderse, como expone la Resolución de este Tribunal 255/2013, de 14 de noviembre, en el contexto del principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la concurrencia competitiva, que ya ha sido reconocido en reiteradas ocasiones por la Jurisprudencia, señaladamente respecto a la cuestión de los defectos subsanables: como dice la STS de 26-1-2005, Sala de lo C-A, Secc. 4ª, “En la Sentencia de 15 de enero de 1999 se dijo «una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el art. 13 de la LCE de 8 abril de 1965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995».* A la doctrina judicial citada debemos añadir, como recogió nuestra Resolución 267/2011, *“la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones en los procesos de concurrencia como*

resulta de la Guía de la Comisión Nacional de Competencia, en la que se afirma: “2. Subsanación de errores. El formalismo administrativo, cuando es excesivo o innecesario en relación con el objetivo que se persigue, se convierte en un obstáculo a la competencia, porque impone a los operadores cargas que podrían evitarse y que pueden incluso llevar a la exclusión de ofertas que resulten plenamente competitivas”.

Así, Ríos Renovables subsanó sin que mediara requerimiento de la Mesa de Contratación un defecto de su documentación administrativa que, efectivamente, resulta subsanable, pero además lo hizo siguiendo las indicaciones del Secretario de la Mesa. Además, la presentación en el registro electrónico del Ayuntamiento da fe de su fecha de presentación, a diferencia de lo que alega el reclamante, y si bien es cierto que con ello no queda garantizado el secreto de dicho documento, cabe recordar que el mismo no es sino la justificación de la constitución de la garantía provisional, documento de tipo administrativo que debía incluirse en el Sobre A, y no parte de la oferta de los sobres B y C, respecto de los que se predica su secreto como medio para garantizar la igualdad de los licitadores.

Cabe señalar, asimismo, que aun cuando el justificante de la constitución de la garantía se aportó el 21 de septiembre, fuera por tanto del plazo de presentación de ofertas, que finalizó el día 20 de dicho mes, aquella ya existía con anterioridad a dicha fecha, debiéndose reiterar que, conforme a la doctrina expuesta, lo relevante es que el aval ya estuviera constituido en la fecha final de presentación de ofertas. En este sentido, la Resolución 976/2017, de 19 de octubre, del TACRC, señala que *“Este criterio desfavorable a admitir con ocasión del trámite de subsanación la presentación de un aval distinto del inicialmente presentado es conforme con el reiterado criterio de este Tribunal de permitir únicamente la subsanación de defectos formales y no materiales, en el entendimiento de que permitir la enmienda de defectos materiales supone romper la necesaria igualdad entre las partes. Ello supone que no sean admisibles documentos posteriores al vencimiento del plazo para presentar ofertas puesto que tales documentos acreditan que al tiempo de presentar la oferta no se cumplía con un requisito y que no era un defecto formal o de prueba sino material.*

Así, la resolución 1144/2015, cuando señala, con cita de otras anteriores, que “Llegados a este punto hemos de recordar la doctrina sentada en nuestra Resolución no 277/2012, 5 de diciembre: “Con esta forma de proceder, es decir, dando a los

licitadores la posibilidad de subsanar defectos de su documentación administrativa pero exigiendo que los datos aportados existieran antes de la fecha límite de presentación de solicitudes, se atiende simultáneamente a dos principios fundamentales de la contratación pública, cuales son la libre concurrencia y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, como reiteradamente ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Más concretamente, en relación con la garantía provisional, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 48/02, de 28 de febrero de 2003) ha señalado que la falta de constitución de la garantía provisional no puede considerarse defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación. Por lo que se refiere al expediente aquí examinado, la reclamante no constituyó la garantía provisional exigida en el plazo anterior al límite de presentación de las proposiciones por lo que, cuando tuvo la posibilidad de subsanar, no pudo presentar documentación alguna fechada correctamente, es decir, en el plazo en que todos los licitadores tenían que tener constituida dicha garantía, sin que fuera aceptable por la Comisión de Valoración el documento presentado que indicaba que se había constituido la citada garantía en fecha posterior a la impuesta en el pliego para todos los licitadores.” En fin, con la presentación de un documento acreditativo de aval otorgado por apoderados distintos de los que lo hicieron en el primeramente presentado, otorgamiento que, según expresa manifestación de las recurrentes, se produjo con posterioridad a la fecha que aparece en él, ulterior además a la fecha de presentación de las proposiciones, las recurrentes no han subsanado el defecto apreciado.

En efecto, el órgano de contratación no ha podido verificar con ello la válida constitución del aval anterior a la fecha de presentación de las ofertas, al no haberse acreditado la representación de los apoderados que lo autorizaron mediante el bastanteo en la forma establecida por el artículo 58.2 del RLCSP, por lo que el acto de exclusión fue conforme a derecho. Debemos rechazar por tanto el recurso y, en consecuencia, confirmar expresamente que el acto recurrido”.

Razones por las cuales consideramos que, pese a que la subsanación no se produjo en la forma prevista en el pliego, no afectó al secreto de las ofertas ni a la igualdad entre los licitadores, tratándose de un defecto formal no determinante de anulabilidad, por lo que entendemos que esta alegación debe ser desestimada.

En cuarto lugar, se esgrime que la intervención de la empresa SIAR INGENIERÍA y de su representante, don Luis Miguel Navarro Zapatero, en el procedimiento de contratación no se justifica, especialmente teniendo en cuenta que fue EFICEN RESEARCH, S.L. la empresa que resultó adjudicataria del contrato del servicio de auditoría energética del alumbrado público de Tudela y de redacción de los pliegos reguladores del servicio de mantenimiento de dicho alumbrado, que incluía la valoración técnica de las ofertas presentadas en este contrato. Asimismo, se expone que la citada persona ha asistido a las reuniones de la Mesa de Contratación en calidad de invitado técnico, siendo así que la LFCP establece que la incorporación de otros asesores técnicos debe ser excepcional, justificarse y publicarse en el Portal de Contratación.

En relación con esta alegación solicita como prueba que se requiera al secretario municipal que certifique si la citada empresa ha sido contratada para el análisis y valoración de las ofertas, con identificación del contrato, fecha, importe y contenido del encargo.

El artículo 50.2 de la LFCP regula la composición de las Mesas de Contratación, señalando que: *“La Mesa deberá estar integrada por personal dependiente del órgano de contratación, figurando en ella una persona Licenciada o Graduada en Derecho y el personal técnico competente en la materia de que se trate, además de personal que tenga atribuida la función de control económico. En el caso de concurrencia de ofertas que incurran en presunción de anormalidad, habrán de ser los servicios especializados en la materia quienes emitan el informe correspondiente.*

En los contratos de valor estimado superior a 10.000.000 euros, IVA excluido, formará parte de la Mesa de Contratación, además, una persona representante de la Junta Contratación Pública de Navarra designada por ésta, a solicitud del órgano de contratación.

Con carácter extraordinario, y previa justificación en el expediente, podrán ser designados como vocales técnicos personas ajenas a la Administración que tengan experiencia en el sector de actividad al que se refiera el contrato.

Igualmente se podrá nombrar como asesores a dichos técnicos, que podrán intervenir con voz, pero sin voto.”

El artículo 50.3 señala que *La designación de los miembros de la Mesa deberá publicarse en el Portal de Contratación de Navarra. Podrá hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de uno o más contratos. Los Miembros de la Mesa de contratación estarán sujetos a las causas de abstención o recusación establecidas en la legislación reguladora del procedimiento administrativo.*

Atendiendo a dichas previsiones legales, la cláusula 15 del pliego establece la composición de la Mesa de Contratación para el presente contrato, tratándose en todo caso de personal del Ayuntamiento de Tudela, con la excepción del representante de la Junta de Contratación Pública de Navarra, nombrado de conformidad con lo establecido en el citado artículo 50.2. Asimismo, señala que la Mesa de Contratación podrá recibir el asesoramiento que estime necesario antes de emitir su propuesta de adjudicación.

Tal y como consta en el acta de la Mesa de Contratación, a su reunión de 26 de noviembre, en la que se atribuyeron las puntuaciones de las ofertas técnicas, asistieron don L. M. N. Z. y don R. S. L. en calidad de *invitados técnicos*, asistencia que debe ponerse en relación con el encargo de valoración de dichas ofertas a la asistencia contratada para que emita el informe previo a la valoración de la mesa, a que alude el acta de 29 de septiembre. Así, en la reunión de 26 de noviembre dichos técnicos procedieron a exponer la valoración realizada, aprobándose la misma. Razón por la que fueron dichos técnicos quienes suscribieron el informe de valoración de las ofertas del Sobre B. Asimismo, el primero de dichos técnicos suscribió igualmente el Informe sobre la presentación del documento Anexo V y el informe de valoración de la documentación acreditativa de la solvencia técnica o profesional de RÍOS RENOVABLES. Funciones todas ellas que se enmarcan en el contrato de redacción de auditoria energética del alumbrado público de Tudela suscrito con EFICEN RESEARCH, donde ambos aparecen, uno como Ingeniero Técnico Industrial, y el otro como Ingeniero Técnico Industrial en Electricidad.

Por lo tanto, la participación de dichos técnicos se enmarca en la previa relación contractual existente entre el Ayuntamiento de Tudela y la citada empresa, habiendo emitido sus informes y asistido a una reunión de la Mesa de Contratación en cumplimiento de la misma, estando la Mesa facultada para recabar su asesoramiento,

igualmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51.4 de la LFCP y en la cláusula 15 del pliego.

Conclusión que, entendemos, no resulta desvirtuada por la aparición del logotipo de SIAR ENERGÍA, junto al de EFICEN RESEARCH, en el informe de valoración de las ofertas del Sobre B, por cuanto la relación de los técnicos firmantes del informe con la segunda de las empresas señaladas ha quedado acreditada por el órgano de contratación, siendo una errata la aparición del logotipo de la empresa SIAR ENERGÍA.

Motivos por los cuales consideramos que debe desestimarse la alegación formulada y que nos llevan a concluir, igualmente, la innecesariedad de la práctica de la prueba solicitada por el reclamante en los términos previstos en el artículo 126.6 de la LFCP, dado que ya queda acreditado en el expediente que los citados técnicos se incluyeron en la oferta de EFICEN RESEARCH, empresa contratista del servicio de auditoria energética del Ayuntamiento, no constando participación alguna en el procedimiento de la empresa SIAR ENERGÍA, más allá de la constancia de su logotipo por error en el documento del informe.

En quinto lugar, la reclamante sostiene que el pliego es nulo de pleno derecho por cuanto los requisitos de solvencia técnica y profesional vulneran lo establecido en el artículo 17.2.b) de la LFCP, no exigiéndose la acreditación de experiencia en contratos de similar naturaleza y ampliando el plazo de tres años previsto en el citado artículo, lo cual no se ha podido detectar hasta la realización de la licitación.

Alega la nulidad de los siguientes criterios de solvencia técnica o profesional establecidos en la cláusula 7 del pliego:

“- Haber gestionado, en los CINCO (5) últimos años un volumen de energía eléctrica mínimo equivalente al consumo anual de las instalaciones objeto de este contrato.

- Haber realizado en los DIEZ (10) últimos años actuaciones de mejora de la eficiencia energética en alumbrado exterior por importe mínimo de 2.500.000 €.

- Haber realizado en los CINCO (5) últimos años servicios de mantenimiento de equipos e instalaciones eléctricas cuyo importe anual acumulado en el año de mayor

ejecución sea igual o superior a 163.567,07 € (70% de la anualidad media del contrato).

- No se tendrán en cuenta a estos efectos los contratos de duración inferior a un año ni aquéllos en los que la prestación del servicio no haya cumplido aún seis meses.”

Señala, respecto al primer y al tercer criterio, que no se exige que la experiencia sea en contratos de similar naturaleza - en los que la empresa actúe como Empresa de Servicios Energéticos (ESE) y que la energía se suministre a una instalación consumidora de energía eléctrica, como el alumbrado público de Tudela -, y respecto al segundo criterio que el plazo previsto supera el máximo de 3 años fijado legalmente.

Esta alegación supone, nuevamente, un recurso indirecto frente al pliego, debiéndose reiterar lo ya señalado respecto a la posibilidad excepcional de cuestionar el mismo con ocasión de su aplicación, cuando este ha devenido consentido y firme. Así, a la sentencia del TSJN antes citada, procede añadir la Resolución 502/2019, de 9 de mayo, del TACRC, en relación con el carácter vinculante de los pliegos, así como el Acuerdo 90/2021, de 3 de septiembre, antes citado, conforme al cual *frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad en la ponderación de derechos e intereses por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general, pues la propia doctrina jurisprudencial se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.*

Cuestión respecto a la que el reclamante alega que no era posible conocer la interpretación de los criterios de solvencia técnica o profesional por la Mesa de Contratación hasta su aplicación, que la redacción de estos estaba destinada a validar la presentación de ciertas empresas, lo cual sólo se ha podido comprobar tras el resultado del procedimiento, así como que uno de los criterios adolecía de claridad.

Alegaciones que consideramos no pueden prosperar por cuanto los criterios son claros, habiéndose aplicado conforme a su literalidad, siendo así que el sentido literal de las cláusulas del pliego es el criterio de interpretación que debe primar cuando aquellas son claras. Así lo señala el Acuerdo 13/2022, de 1 de febrero, al prever que *“cuando las cláusulas del pliego son lo suficientemente claras debe priorizarse la interpretación literal de las mismas sobre el resto de instrumentos que prevén los artículos 1282 y siguientes del Código Civil, que actuarán de forma subsidiaria cuando tal claridad no concurre; doctrina recogida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 25 de mayo de 2021, que señala que en la interpretación de los pliegos “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 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982).”*

Por lo tanto, dado que los supuestos vicios de nulidad que se suscitan resultan, en su caso, del pliego, que este es claro y que su aplicación se ha producido conforme a su literalidad, consideramos que las alegaciones formuladas respecto a la nulidad del pliego deben ser desestimadas.

En sexto lugar, se aduce la valoración de las ofertas técnicas mediante criterios que corresponden a requisitos de solvencia, como sucede en la valoración de la oferta de RÍOS RENOVABLES, donde se puntúa en función de los medios aportados por el licitador, y no por su metodología y organización, como exige el pliego. Ello, con independencia de que el pliego no se ajusta a derecho al puntuar los medios propuestos por el licitador, cuando este criterio es de solvencia técnica y no de valoración subjetiva, no pudiendo valorarse lo que ha sido requisito para participar.

No especifica el reclamante qué criterios de solvencia técnica o profesional se han valorado en el informe técnico de valoración del Sobre B como criterios de adjudicación, limitándose a afirmar que se valoran aspectos que no constan en el pliego de cláusulas, y se ponderan criterios no definidos en el PCAP, conculcando así la carga

probatoria que le corresponde conforme a lo dispuesto, entre otros muchos, en nuestro Acuerdo 13/2022, de 1 de febrero, antes citado.

Cita como ejemplo la valoración de la oferta de RÍOS RENOVABLES en el criterio de adjudicación Estudio técnico de las Prestaciones P1, P2 y P3 (si bien por error lo califica como “Estudio técnico puntuaciones P1, P2 y P3”) establecido en la cláusula 8.1.1 del pliego con un máximo de 10 puntos. Como decimos, más que como ejemplo, dicha cita se realiza como única alegación fundamentada a este respecto. Pues bien, alega que la puntuación se atribuye en virtud de los medios aportados por el licitador y no en función de su metodología y organización, como exige el pliego.

No obstante, si atendemos al contenido del pliego, este señala que en dicho criterio se valorará, en primer lugar, la Memoria técnica sobre la metodología, organización y medios directos propuestos para el desarrollo de las prestaciones, asignando a este subcriterio hasta 2,5 puntos. Por lo tanto, a diferencia de lo que se alega, los medios aportados sí constituyen un criterio de adjudicación previsto en el pliego, habiéndose valorado no sólo respecto a la oferta del adjudicatario (página 8 del informe técnico de valoración de ofertas), sino también del propio reclamante (página 3 de dicho informe).

Alega el reclamante, asimismo, que el pliego no se ajusta a derecho al asignar puntuación a los medios propuestos por el licitador, cuando este criterio es de solvencia técnica, alegación ante la cual debemos reiterar, una vez más, la improcedencia de cuestionar la validez del pliego con ocasión de la reclamación interpuesta frente a la adjudicación del contrato, no apreciándose en el citado criterio de adjudicación falta de claridad u oscuridad alguna, que ni tan siquiera se alega.

Por las razones expuestas consideramos que debe desestimarse la alegación formulada.

En séptimo lugar, se esgrime la incorrecta valoración técnica de las ofertas, dado que todos los licitadores presentaron la misma propuesta de equipos a instalar y los mismos estudios lumínicos, habiéndose aplicado en la valoración criterios no definidos en el pliego, estableciéndose diferencias significativas entre los licitadores. Vinculado a

ello, alega que toda la documentación de las mejoras a las soluciones establecidas en la auditoria introducidas por RÍOS RENOVABLES en su oferta ha sido declarada documentación confidencial, no habiendo podido ser analizada por el reclamante, causándole indefensión.

Se alega la incorrecta valoración del criterio de adjudicación previsto en la cláusula 8.1.2 del pliego, consistente en la Memoria técnica de la prestación mejora y Renovación de las Instalaciones del alumbrado público exterior-P4, valorable con hasta 30 puntos, en concreto, respecto a la valoración de la coherencia de la propuesta y la claridad y precisión de las actuaciones, en particular, el grado de detalle de las características técnicas de los equipos a instalar y estudios lumínicos de las vías, subcriterio valorado con 15 puntos. Igualmente, alega indefensión porque parte de la oferta de RÍOS RENOVABLES ha sido declarada confidencial y no se le ha dado acceso a la misma.

Comenzando por esta última cuestión, cabe recordar que el artículo 54.1 establece al respecto 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.

Cuestión respecto a la que la doctrina, por todos el Acuerdo 87/2021, de 26 de agosto, de este Tribunal, señala que ha de buscarse el necesario equilibrio entre el derecho de defensa y el derecho a la protección de los intereses comerciales de los licitadores, ponderación en la que se revela como fundamental la justificación de la declaración de confidencialidad y la revisión realizada al respecto por el órgano de contratación. Dicho acuerdo señala, asimismo, que: *“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.”

Doctrina que se completa mediante la Resolución 308/2021, de 26 de marzo, del TACRC: *“conforme a la cual teniendo en cuenta que el órgano de contratación no ha dado vista de la oferta técnica, declarada confidencial en su práctica totalidad por el adjudicatario; siendo cierto que este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la confidencialidad de este aspecto de la oferta, que no puede ser total, como se razona en la Resolución 45/2013 o en la 741/2018.*

Pero también hemos dicho, por ejemplo, en la Resolución 1032/2018, que “Hay que tener en cuenta que el 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 tanto, 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”.

Igualmente, la Resolución 59/2021, de 22 de enero, del TACRC, señala a este respecto que resulta sorprendente la alegación de indefensión a la vista de la extensión del recurso (14 páginas) donde se expresan exhaustivamente las discrepancias técnicas que la recurrente muestra con el informe emitido por el vocal técnico.

En este punto, debe partirse de la posibilidad de declarar confidencial su oferta por parte de los licitadores que consagra el artículo 133 de la LCSP: (...).

A la vista de la redacción de dicho precepto, cabe señalar que la adjudicataria ha cumplido con lo dispuesto en el mismo designando como confidencial en el momento procesal oportuno la documentación que debiera tener tal carácter y no extendiéndose a todo el contenido de la oferta presentada.

En este punto, el órgano de contratación analiza la necesidad de proteger los secretos empresariales para evitar prácticas no admisibles en una economía de mercado que pudieran falsear la competencia, considerando necesario respetar la declaración realizada por la adjudicataria para cumplir así la obligación de los órganos de contratación en este aspecto de respeto del derecho al secreto empresarial, trasunto del principio de confianza legítima y de la buena fe consagrados en los artículos 3 de la Ley 40/2015 y 7 del Código Civil. (...).

La Resolución 558/2020 señala que “... A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que se basaba ya en lo dispuesto en el antiguo artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y que resulta plenamente aplicable a la luz de la nueva normativa antes expuesta. En síntesis, dicha doctrina viene a señalar: 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)». De acuerdo con el artículo 133 de la LCSP, los intereses en conflicto se producen entre el derecho de los licitadores a la confidencialidad de los documentos de su oferta que pudieran contener secretos profesionales o comerciales y cualquier otra información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, por una parte, y, por otra, el derecho de acceso al expediente del competidor excluido como garantía del derecho a recurrir. En el presente caso, la declaración del carácter confidencial de una parte significativa de su oferta técnica efectuada por la entidad recurrente (más del 70 por ciento, según el órgano de contratación) tiene carácter genérico, no especificándose qué secretos

técnicos o comerciales, o qué información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia deben ser preservados por parte del órgano de contratación frente a sus competidores. Se verifica, pues, un exceso de la declaración de confidencialidad efectuada por la recurrente, que el órgano de contratación, frente a la petición de acceso al expediente del competidor excluido, puede reducir a lo que efectivamente sea confidencial con arreglo al artículo 133 de la LCSP. Ahora bien, no corresponde al órgano de contratación atribuir o denegar carácter confidencial a la información declarada así por el licitador, sino a éste, si bien el órgano de contratación, a instancia de otro interesado que pida acceso a esa información, puede concretar qué es efectivamente confidencial de lo declarado como tal por el licitador, pero para ello debe, en todo caso, requerir al interesado para que concrete qué datos e informaciones son efectivamente confidenciales en aquellos casos como el presente en que la declaración de confidencialidad haya sido genérica...”

Como ha quedado expuesto, parece claro que la adjudicataria ha respetado lo dispuesto en el citado artículo 133 de la LCSP al designar la confidencialidad, en el momento procesal oportuno, de la documentación que considera que debiera tener tal carácter sin que dicha declaración se extienda al contenido íntegro de la oferta presentada.

Por lo demás, frente a las alegaciones de la recurrente, el órgano de contratación señala que la notificación de la adjudicación cumple lo establecido en el artículo 151 de la LCSP estando motivada al incorporar los motivos por los que los licitadores han sido clasificados o, en su caso, excluidos sobre la base del informe emitido por el vocal técnico del expediente, y sin que, en consecuencia, pueda alegarse indefensión por la recurrente, máxime cuando ha podido desplegar las causas por las que discrepa de la fundamentación de la resolución de adjudicación.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.”

La oferta formulada por RÍOS RENOVABLES respecto este criterio de adjudicación ha sido declarada confidencial con la salvedad de los siguientes puntos:

“2. Propuesta de renovación luminarias y lámparas, con detalles técnicos de cada uno de los equipos y elementos que configuran la nueva instalación.

4. Documentación que justifique mediante estudios lumínicos que la solución propuesta ofrecerá niveles de iluminación adecuados para la totalidad de la instalación en todos los regímenes de operación.”

Dado que la oferta tiene una extensión de 889 páginas, la confidencialidad afectaría a 350 páginas de la misma, lo que supone, aproximadamente, un 39% de la misma. Por lo tanto, la oferta no ha sido declarada confidencial en su totalidad, si bien dicho licitador no justifica los motivos por los que la parte confidencial tiene dicha consideración. Tampoco el órgano de contratación ha valorado y ponderado la declaración de confidencialidad formulada, si bien ha aceptado la misma, como resulta de su negativa a dar acceso al reclamante a dicha parte de la oferta.

No obstante, debemos recordar que el acceso al expediente (también de la parte declarada confidencial) tiene un carácter instrumental, teniendo como finalidad garantizar el derecho de defensa del licitador recurrente, de tal forma que este pueda interponer una reclamación fundada. Siendo así, el reclamante no justifica la necesidad de conocer la parte de la oferta declarada confidencial por el adjudicatario, más allá de alegar de forma genérica que la negativa a su acceso le ha generado indefensión. Lo cual debe vincularse al acceso que el reclamante sí ha tenido al resto del expediente de contratación, incluido el informe técnico de valoración de las ofertas, que reproduce en su propia reclamación, en donde se motivan las diferentes puntuaciones atribuidas en este criterio. Puntuaciones que el reclamante discute fundadamente, no apreciándose por ello indefensión alguna.

Para finalizar con esta cuestión cabe señalar que la declaración de confidencialidad abarca los llamados secretos comerciales, entendidos éstos como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación, conforme a lo señalado en el Acuerdo 106/2021, de 25 de octubre. Por lo tanto, la confidencialidad no se delimita únicamente con base el derecho de propiedad intelectual o a una patente, como alega el reclamante, siendo evidente que la oferta de la adjudicataria en este criterio tiene un elevado valor técnico, dada la destacada puntuación que ha obtenido la misma, razón que justifica su confidencialidad. Razones por las cuales consideramos que la indefensión alegada debe ser desestimada.

Procede, a continuación, entrar a la cuestión de fondo de la alegación formulada, que se centra en la errónea valoración del criterio de adjudicación, entendiendo el reclamante que todos los licitadores ofertaron los mismos equipos, que son los definidos en la auditoria, y los mismos estudios lumínicos, los facilitados por el fabricante de las luminarias, no pudiendo por ello existir diferencia de puntuaciones, habiéndose aplicado criterios no previstos en el pliego, y realizándose en el informe de valoración descripciones de las propuestas que nada tienen con ver con el criterio de adjudicación.

En primer lugar, debemos recordar la consolidada y reiterada doctrina relativa a la discrecionalidad técnica de la que gozan los órganos de contratación en la valoración de las ofertas cualitativas de los licitadores, de manera que este Tribunal debe limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, conforme a lo establecido en el Acuerdo 107/2021, de 3 de noviembre. Señala dicho acuerdo lo siguiente: *“Así, en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración cuando se trate de la valoración de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, hemos señalado – entre otros, en nuestro reciente Acuerdo 31/2019, de 22 de marzo – que este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 1/2019, de 11 de enero, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como su correspondencia con lo establecido en el pliego, a que no se haya incurrido en arbitrariedad, error patente o irracionalidad al efectuarla y además, que esta valoración se encuentre suficientemente motivada en el expediente. Así pues, la función de este Tribunal en relación con la impugnación de las valoraciones otorgadas a las distintas propuestas no es suplantarse 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.*

Tal y como recuerda la Resolución 155/2019, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la aplicación de unos criterios amparada por la discrecionalidad técnica sólo es revisable en casos excepcionales de arbitrariedad, desviación de poder, ausencia de justificación o error material.”

Igualmente, el Acuerdo 115/2021, de 30 de noviembre, recuerda la presunción de acierto y veracidad de la que gozan los informes técnicos, señalando que tales informes técnicos, por la cualificación técnica de quienes los emiten gozan de presunción de acierto y veracidad, que solo puede ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados. Presunción iuris tantum sobre la que Resolución 980/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 6 de septiembre, señala que “cuando la Administración encarga a un órgano "ad hoc", formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute.”

La cláusula 8.1.2 del pliego establece como criterio de adjudicación valorable con un máximo de 30 puntos *la Memoria técnica de la prestación mejora y Renovación de las Instalaciones del alumbrado público exterior-P4*, otorgándose dicha puntuación mediante la valoración de los criterios que se especifican, siendo el primero de ellos *la coherencia de la propuesta y la claridad y precisión de las actuaciones, en particular, el grado de detalle de las características técnicas de los equipos a instalar y estudios lumínicos de las vías. Hasta un máximo de 15 puntos.*

Por su parte, la cláusula 13 del pliego establece que para la valoración de dicho criterio los licitadores deberán incluir la correspondiente memoria, que incluya los siguientes apartados:

“a) Propuesta de renovación de elementos de maniobra y actualizaciones de cuadros de alumbrado exterior, con detalles técnicos de cada uno de los equipos y elementos que configurarían la nueva instalación.

b) Propuesta de sustitución de lámparas, con detalles técnicos de cada uno de los equipos y elementos que configurarían la nueva instalación.

c) Propuesta de renovación de las luminarias, con detalles técnicos de cada uno de los equipos y elementos que configurarían la nueva instalación.

d) Propuestas de regulación del flujo luminoso, con detalles técnicos de cada uno de los equipos y elementos que configurarían la nueva instalación.

e) Documentación que justifique mediante estudios lumínicos que la solución propuesta ofrecerá niveles de iluminación adecuados para la totalidad de la instalación en todos los regímenes de operación.

f) Resumen de las actuaciones y estudio energético con los ahorros previstos por las distintas inversiones. Se incorporará una propuesta de ahorros garantizados redactada de acuerdo al modelo del ANEXO V.

g) Plan de ejecución previsto para la implementación de las medidas propuestas y, en su caso, condicionantes para su ejecución, incluyendo detalle de recursos humanos y materiales a emplear y planificación temporal de los trabajos”.

La valoración de dicho criterio se contiene en el informe de valoración de las propuestas técnicas, donde se detalla la oferta de cada licitador y las razones de las puntuaciones atribuidas, debiendo examinarse si concurren en el mismo los defectos que se alegan por parte del reclamante.

Tal y como se recoge en dicho informe, la oferta de la entidad adjudicataria, RÍOS RENOVABLES, incluyó cuatro modificaciones respecto a la solución prevista en la auditoría, la cual, como se señala en el Anexo I del pliego técnico, no tenía carácter vinculante, al establecer que *Existe para su consulta y apoyo de las ofertas presentadas, AUDITORIA ENERGÉTICA EN LAS INSTALACIONES DE ALUMBRADO PUBLICO EXTERIOR DEL MUNICIPIO DE TUDELA DEL AÑO 2021, en formato papel y digital donde se señalan las condiciones actuales de las instalaciones, propuesta de cambio en cada vía pública, importe de las obras a realizar y los plazos de retorno de la amortización. Esta Auditoría se presenta exclusivamente a título informativo.*

Circunstancia que permite afirmar, en contra de lo alegado, que no todas las ofertas formuladas eran iguales.

Alega el reclamante, igualmente, que su oferta ha resultado penalizada por no aportar valor añadido de mejoras a la auditoría, cuestión no prevista en el pliego. Sin embargo, el informe de valoración de las ofertas señala al respecto que *el licitador realiza exactamente la propuesta de auditoría, no aporta valor añadido de mejoras a la solución inicial. Solamente aporta las secciones de cálculos luminotécnicos de la auditoría, por tanto su propuesta carece de un análisis detallado de las propuestas lumínicas, sin justificar cuales se ajustan a las necesidades reales*, siendo así que lo que el informe reprocha a la oferta es la falta de análisis de la propuesta y su falta de justificación a las necesidades reales, al haber realizado la misma propuesta que contiene la auditoría, la cual, como hemos dicho, únicamente se aportaba a los licitadores a título informativo, siendo así que dichas cuestiones – coherencia, claridad, precisión y grado de detalle – sí eran susceptibles de valoración.

Asimismo, dicho informe realiza respecto a la oferta del reclamante otras apreciaciones que aluden a errores, incongruencias, bajo grado de detalle, inexistencia de análisis pormenorizado, etc., que este elude mencionar, limitándose a alegar que son descripciones que nada tienen que ver con el criterio de adjudicación, lo cual no resulta ser cierto. Basta con ver la conclusión alcanzada en el informe al respecto, cuando señala que *la propuesta para este apartado del licitador es coherente, pero le falta claridad, precisión y profundidad sobre las actuaciones a ejecutar. Las características técnicas de los equipos y los estudios lumínicos cumplen los requisitos establecidos en las bases de la licitación*, de donde se colige que lo valorado sí es lo previsto en el pliego.

Volviendo a la oferta de RÍOS RENOVABLES, su valoración concluye que *la propuesta para este apartado del licitador es coherente, el grado de detalle sobre las actuaciones previstas es de un nivel excelente y facilita el análisis de las intervenciones. Las características técnicas de los equipos y los estudios lumínicos cumplen los requisitos establecidos en las bases de la licitación*. Vemos, nuevamente, cómo la valoración se realiza con sujeción a los criterios previamente anunciados en el pliego.

No se aprecia, por ello, error patente o irracionalidad en la valoración de las ofertas en lo atinente a este criterio de adjudicación, ni que se hayan aplicado criterios distintos a los previstos en el pliego, razones por las cuales consideramos que esta alegación debe ser desestimada.

La reclamante alega, en octavo lugar, trato de favor a RÍOS RENOVABLES en la valoración de su Memoria Técnica, en relación con el ahorro en el consumo de energía garantizado asociado a las inversiones a realizar, no habiéndose valorado dicho ahorro, y obviándose que la citada empresa señala en su oferta que el análisis de los ahorros indicados en el Sobre B no es sino una simple simulación técnica al objeto de no anticipar los ahorros reales que se incluyen en el Sobre C.

La cláusula 8.1.2 del pliego establece como criterio de adjudicación cualitativo o técnico la Memoria técnica de la prestación *Mejora y Renovación de las Instalaciones del alumbrado público exterior-P4*, valorable con hasta 30 puntos, atribuyéndose hasta 5 puntos a la valoración, dentro de dicho criterio, del *Ahorro en el consumo de energía garantizado asociado a las inversiones a realizar, justificación del estudio energético con los ahorros conseguidos*.

La cláusula 13 establece que la oferta relativa a dicho criterio debe incluirse en el Sobre B, mediante la aportación de la correspondiente memoria técnica que incluya, entre otros apartados, el siguiente: *f) Resumen de las actuaciones y estudio energético con los ahorros previstos por las distintas inversiones. Se incorporará una propuesta de ahorros garantizados redactada de acuerdo al modelo del ANEXO V.*

El citado Anexo reitera que el mismo debe incluirse en el Sobre B (si bien ya adelantamos que en el índice del pliego dicho anexo se incluye en el Sobre C), señalando que el licitador *se compromete a garantizar unos ahorros energéticos mínimos de un..... % sobre el consumo actual recogido en los Pliegos Técnicos. El consumo máximo garantizado (EAO) será, por tanto, de kWh/año.*

Alega el reclamante que en la valoración debería primarse el porcentaje de ahorro garantizado de cada licitador, de forma similar a como se valoraría un criterio

automático o valorable mediante fórmula, no siendo esta la forma en que se ha valorado este criterio. Igualmente, alega que en la valoración de la oferta de RÍOS RENOVABLES no se realiza referencia alguna a los aspectos valorables según el pliego, siendo así que dicha empresa, en diversas páginas de su oferta, indica que el análisis de los ahorros mostrados en el Sobre B no se corresponden con la realidad, sino que es una simulación teórica al objeto de no mostrar en dicho sobre los ahorros reales, ya que estos se indican en el Sobre C.

Consta en el expediente de contratación un informe denominado *Informe sobre la presentación del documento Anexo V – Propuesta de ahorros garantizados dentro de la licitación para la concesión del servicio público integral de iluminación exterior, energético y mantenimiento con garantía total, de las instalaciones de iluminación exterior pertenecientes al Ayuntamiento de Tudela (Navarra)*, que se adjuntó al acta de la Mesa de Contratación de 26 de noviembre, donde se aprobaron las puntuaciones de las ofertas técnicas de los licitadores.

Dicho informe señala que “*Dentro de los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares del Contrato se indica el contenido del punto “Documento 2. Memoria técnica de la prestación Mejora y Renovación de las Instalaciones del alumbrado público exterior –P4” apartado f) en la página 25:*

f) Resumen de las actuaciones y estudio energético con los ahorros previstos por las distintas inversiones. Se incorporará una propuesta de ahorros garantizados redactada de acuerdo al modelo del ANEXO V.”

Durante el proceso de presentación de las ofertas en la plataforma de presentación electrónica de ofertas (PLENA) se formalizan los sobres electrónicos incluyéndose el ANEXO V en el sobre C, donde aparece un mensaje en el que se indica que existe un error en el pliego y que el Anexo V del Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares del Contrato se debe incluir en el sobre C en lugar de en el sobre B.

Continúa dicho informe señalando que de la inclusión del Anexo V en el Sobre B no se puede extraer ningún valor de los criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas, así como que *La no inclusión del Anexo V en el Sobre B “Oferta relativa a*

criterios calificativos” no supone una merma a la hora de realizar la valoración técnica, ya que en el desarrollo de las ofertas de los licitadores exponen claramente los ahorros previstos en sus propuestas. El Anexo V por lo tanto únicamente resume lo desarrollado en la Memoria correspondiente, no siendo propiamente expositivo de datos a valorar ni cualitativa (sobre B) ni objetivamente (sobre C).

Alude, a continuación, a la improcedencia de excluir automáticamente las ofertas de los licitadores por simples errores en la presentación de sus ofertas en uno u otro sobre, debiéndose producir aquella únicamente cuando dichos errores pongan en riesgo la objetividad en la valoración de las ofertas, *Más si cabe, cuando es el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares el documento contractual causante del error o falta de claridad en su redacción.*

Señala que *Dicho lo anterior y, teniendo presente que el error en la formación de los sobres se debe a un problema de redacción del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por tanto, como dispone, entre otras, la Resolución n° 1338/2019, de 25 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (...), la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad, razón por la que se concluye que la inclusión del Anexo V de Propuesta de Ahorros Garantizados por el licitador recogido en los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares del Contrato, en el sobre B no vulnera el principio de inclusión de documentos o valores de este sobre B en el sobre C, que puede ser motivo de exclusión.*

En definitiva, lo que viene a señalar dicho informe, es que el Anexo V que debía incluirse en el Sobre B conforme al pliego, en realidad debía ser incluido en el Sobre C, circunstancia de la cual se advirtió en PLENA en el momento de confeccionar los sobres con las ofertas, no conteniéndose en dicho Anexo ningún dato que sea objeto de valoración, sino un resumen de lo expuesto en la memoria, razón por la que, unida a que el error cometido por algunos licitadores resulta imputable a la errónea redacción del pliego, no procede excluir a ninguno de estos; es decir, ni a quienes incluyeron dicho Anexo en el Sobre B conforme al pliego, ni a quienes lo hicieron en el Sobre C siguiendo la advertencia contenida en PLENA.

Efectivamente, el error señalado ha conllevado que algunos licitadores incluyan el citado Anexo V en el Sobre B (ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, VEOLIA, la UTE ENDESA X TECNOCONTROL y la UTE SOPRENER EKOARGI), mientras que otros lo incluyeron en el Sobre C (SICE y RÍOS RENOVABLES). La confusión se constata de los propios términos en que se formulan las ofertas, dado que pese a que, como decimos, el recurrente incluyó dicho Anexo en su Sobre B, en el índice de su oferta incluye un interrogante respecto a dicha inclusión, con lo que parece no tener claro que la misma sea correcta. Igualmente, SICE incluye una nota en su oferta en la que señala que la propuesta se incluye en el Sobre C *siguiendo las indicaciones de la plataforma de presentación de oferta*, y RÍOS RENOVABLES alude a esta cuestión en diversos párrafos de su oferta, como señala el reclamante, advirtiendo que no presenta el consumo eléctrico futuro con base en la regulación del pliego técnico para no aportar información con respecto al consumo máximo garantizado que debe ser indicado en el Anexo V a incluir en el Sobre C.

Pues bien, expuestas estas circunstancias, procede examinar si la aceptación de las citadas ofertas resulta ajustada a derecho, así como si su valoración se ha hecho atendiendo al criterio de valoración previsto en el pliego.

En relación con la primera cuestión, el Acuerdo 44/2018, de 21 de junio, alude a los criterios interpretativos de los pliegos y, en concreto, a la regla conforme a la cual la oscuridad o ambigüedad de aquellos no puede aplicarse en perjuicio de los licitadores, especialmente teniendo en cuenta que no son estos quienes los han redactado ni han participado en su elaboración: *“Respecto de la oscuridad de los pliegos, cabe aplicar también al ámbito de la contratación pública, tal y como previenen la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2009, RJ 2010\331, los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados, cuando señala “En relación con este particular en nuestra reciente Sentencia de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006, expresamos sobre esta cuestión de interpretación de los contratos que: “las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749, recurso casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de*

Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta "la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas".

En el Informe 12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, se recuerda que la ambigüedad u oscuridad en las cláusulas de los pliegos de ninguna manera pueden perjudicar a los licitadores

*Cabe traer a colación, igualmente, el Acuerdo 90/2021, de 3 de septiembre, antes citado, conforme al cual la oscuridad o falta de claridad en los pliegos, como es el caso, nunca puede ser interpretada en perjuicio de los licitadores. Así, en nuestro Acuerdo 38/2021, de 15 de abril, de este Tribunal, razonamos que "como señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Resolución 8/2016, de 22 de enero, "la finalidad de los Pliegos, en tanto *lex contractus*, es aportar certeza y seguridad sobre los elementos de la licitación, en especial, sobre el objeto, plazo, retribución, condiciones de presentación y adjudicación. Difícilmente puede cumplirse la finalidad de un procedimiento de licitación, caracterizado por la comparación de ofertas, si estos extremos no son claros. Y, por ello, la oscuridad o contradicción de las disposiciones de los Pliegos nunca puede ser interpretadas en perjuicio de los licitadores.*

La contusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico, proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo). Además, la valoración de la documentación requerida, y los efectos que se derivan de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de exclusión (Acuerdo 8/2011).

Es oportuno recordar, como ya dijimos en nuestro Acuerdo 33/2012, que la carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección, son también responsabilidad de los mismos. Por ello, resulta desproporcionado y contrario a la equidad, que los poderes adjudicadores tengan la

facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones.

La jurisprudencia actual, frente a decisiones jurisprudenciales anteriores que otorgaban a la interpretación unilateral de la Administración el valor de una especie de interpretación «auténtico», ha destacado que la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad sólo debe perjudicar a la Administración que las redactó, en aplicación del artículo 1288 CC.

Con rotundidad se pronuncia en tal sentido la STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, según la cual «Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración»).

En el mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2001 afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las 8818 de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999.

En su consecuencia, la Administración no puede salvar la contradicción que pudiera existir entre las cláusulas del pliego mediante una interpretación que perjudique a quienes cumplieron con lo establecido en ellas”.

Dicho lo anterior, como apunta la reclamante, el artículo 1288 del Código Civil, establece que “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”. Precepto que viene a establecer como una de las reglas de interpretación de los contratos la conocida como "contra proferentem", esto es, la más beneficiosa para el adherente; que como tal será de aplicación cuando admitiendo la cláusula de que se trate más de una interpretación posible, dicha ambigüedad no haya podido ser superada aplicando el resto de reglas o

cánones de interpretación antes referidos; resultando así que tiene como presupuesto el carácter oscuro de la cláusula, lo que no concurre en el supuesto analizado.

Así lo pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia 152/2019, de 13 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cuando, en relación con la regla de interpretación contractual contra proferentem, tras señalar que es una consecuencia del principio de buena fe contractual, basada en la responsabilidad del declarante y en la protección de la confianza del destinatario de la declaración, y que establece una distribución del riesgo contractual, con el objeto de asegurar que el adherente que no ha participado en la elaboración del contrato no tenga por qué compartir los riesgos de una defectuosa declaración contractual, cumpliendo dos funciones esenciales - equilibrar la relación mediante la adecuada distribución de los riesgos de ambigüedad en la declaración e incentivar que el predisponente redacte claramente las cláusulas predisuestas – apunta que “La sentencia de esta sala de 624/2002, de 24 de junio, explicó: “Y, en relación con la regla de interpretación “contra proferentem”, acogida en el art. 1288 CC, como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no sólo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona (S. 13 diciembre 1986), pero esa regla no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato, y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, resulta relegado el precepto (S. 17 octubre 1998), que, como dice la sentencia de 27 de septiembre de 1996, “no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad”.(...).Doctrina compartida por el resto de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, pudiéndose citar, por su similitud al caso que nos ocupa, la Resolución 1144/2019, de 14 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que razona que “Sin embargo, no es un dato baladí el de que la controversia venga provocada por la deficiente redacción de los pliegos. Porque es la redacción de los pliegos la que ha llevado al adjudicatario a presentar la relación de medios personales que presentó, incluyendo los trabajadores adicionales que debían estar en el sobre C. Por tanto, si se le excluyera por hacerlo así, se le estaría excluyendo por actuar conforme a los pliegos, o como mínimo, conforme a una interpretación perfectamente

razonable de los mismos. Y ello no es posible, porque este Tribunal ha establecido reiteradamente que la ambigüedad u oscuridad de los pliegos no puede perjudicar a los licitadores. En efecto, en nuestra Resolución 505/2018 señalamos: (...)”.

Cabe citar, igualmente, la Resolución 159/2019, de 26 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que ante un supuesto similar, en el que la redacción del pliego respecto a la presentación de las ofertas no concordaba con las indicaciones contenidas en la plataforma de licitación electrónica, concluye que *la oscuridad derivada de la no coincidencia de forma y terminología empleada en el PCAP y la plataforma de licitación del órgano de contratación, de obligada utilización para los empresarios en la presentación de las proposiciones, no puede perjudicar a los licitadores de buena fe que hayan cometido un error involuntario y sin consecuencias en el resultado de la licitación. A estos efectos se puede citar lo dispuesto en el artículo 1.288 del Código Civil en relación a que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado.*

Doctrina de la que debemos concluir la aceptación de las ofertas realizadas y, en concreto, de la formulada por RÍOS RENOVABLES a través del citado Anexo V, restando por analizar si la valoración de su oferta en el criterio cualitativo antes señalado se ha hecho conforme al pliego, a lo que debemos responder afirmativamente. Así, dado que la propuesta de ahorros garantizados debía incluirse en el Sobre C, como se ha expuesto, lo que resulta objeto de valoración en este criterio cualitativo es la justificación del estudio energético con los ahorros conseguidos, como resulta de las cláusulas 8.1.2 y 13 del pliego, siendo esta cuestión a la que alude el informe de valoración de las ofertas técnicas, que está dotado de presunción de acierto y veracidad, conforme a lo señalado con anterioridad, no apreciándose en el mismo error manifiesto o arbitrariedad.

Por todo ello, consideramos que la alegación formulada por el reclamante respecto a la errónea valoración de este criterio de adjudicación de carácter técnico o cualitativo debe ser desestimada.

En noveno lugar, se argumenta trato de favor a la entidad RÍOS RENOVABLES en la evaluación del cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica o profesional, derivada de una distorsionada aplicación de los mismos, no habiéndose comprobado la veracidad de las tablas aportadas por aquella, y existiendo diversos defectos en la documentación justificativa de dicha solvencia.

Como ya se ha señalado con anterioridad, la cláusula 7 del pliego establece los siguientes criterios de solvencia técnica o profesional:

“- Haber gestionado, en los CINCO (5) últimos años un volumen de energía eléctrica mínimo equivalente al consumo anual de las instalaciones objeto de este contrato.

- Haber realizado en los DIEZ (10) últimos años actuaciones de mejora de la eficiencia energética en alumbrado exterior por importe mínimo de 2.500.000 €.

- Haber realizado en los CINCO (5) últimos años servicios de mantenimiento de equipos e instalaciones eléctricas cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 163.567,07 € (70% de la anualidad media del contrato).

- No se tendrán en cuenta a estos efectos los contratos de duración inferior a un año ni aquéllos en los que la prestación del servicio no haya cumplido aún seis meses.”

Asimismo, la cláusula 20 señala que la persona a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación, además de la documentación establecida en la cláusula anterior, referida a la documentación acreditativa de la personalidad y capacidad, deberá aportar la siguiente documentación:

“b. Documentos que justifiquen el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos de solvencia técnica o profesional establecidos en este documento, mediante la presentación de los siguientes documentos:

- Copia de los contratos suscritos, o certificados de clientes con los que los tenga suscritos, acreditativos de haber gestionado, en los CINCO (5) últimos años un volumen de energía eléctrica en el año de mayor ejecución igual o superior al consumo anual de las instalaciones objeto de este contrato.

- Copia de los contratos suscritos, o certificados de clientes con los que los tenga suscritos, acreditativos de haber realizado en los DIEZ (10) últimos años actuaciones de mejora de la eficiencia energética en alumbrado exterior por importe

mínimo de 2.500.000 €. La documentación que se aporte habrá de indicar importe, fecha, lugar de ejecución y alcance del proyecto.

- Copia de los contratos suscritos, o certificados de clientes con los que los tenga suscritos, acreditativos de haber prestado en los CINCO (5) últimos años servicios de mantenimiento de equipos e instalaciones eléctricas cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 163.567,07 € (70% de la anualidad media del contrato). No se tendrán en cuenta a estos efectos los contratos de duración inferior a un año ni aquéllos en los que la prestación del servicio no haya cumplido aún seis meses.”

Alega el reclamante que el adjudicatario no cumple dichos requisitos, que el informe emitido al respecto no ha comprobado la veracidad de las cifras incorporadas en sus tablas ni la naturaleza de los proyectos, así como diversos defectos en la documentación justificativa, aludiendo igualmente a la distorsión en su aplicación para favorecer a aquel.

Expuesto el contenido del pliego y lo alegado por el reclamante, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal – por todos, Acuerdo 15/2021, de 9 de febrero – sobre los requisitos de solvencia exigibles en la contratación pública, relativa a que la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, constituye el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar, tanto desde el punto de vista financiero y económico como técnico o profesional, que los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren; finalidad que la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 5 marzo 2014 concreta en los siguientes términos: *“Dado que los contratos de las administraciones públicas guarda relación con los intereses públicos, el legislador ha establecido una serie de controles previos que tratan de garantizar que los agentes económicos que operan en el sector reúnan las condiciones de solvencia precisas que hagan previsible la normal ejecución de los contratos que celebren con Administración. El contratista debe acreditar, por lo tanto, su solvencia económica y financiera, y además la solvencia técnica o profesional que prevé su capacidad técnica expresada en medios materiales (maquinaria y tecnología) y humanos (titulación académica y profesional de sus cuadros técnicos, promedio de plantilla de personal en los tres años*

anteriores) y experiencia profesional (trabajos anteriores realizados) en relación con el tipo de contrato cuya adjudicación pretende.”

De igual modo, se puso de manifiesto que para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia, así como que la entidad adjudicadora deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Para la acreditación de este cumplimiento, la entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 16 y 17 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios que se pretenda contratar. Por tanto, corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, correspondiendo también a aquél establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia y ello porque, en el caso de no fijar tales valores mínimos, la acreditación de la solvencia se convertiría en un mero formalismo que no garantizaría la correcta ejecución del contrato.

Así pues, los preceptos citados atribuyen al órgano contratación una facultad discrecional en orden a la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a exigir en cada caso; si bien tal facultad deberá ser ejercitada con respeto a los límites establecidos por los mismos, sin que pueda admitirse una exigencia en tal sentido desproporcionada puesto que ello supondría una clara vulneración del principio de concurrencia; principio de proporcionalidad que requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos de quienes estén llamados a concurrir a una licitación pública tienda a la consecución de fines legítimos y sea cuantitativa y cualitativamente adecuada. Y como tal potestad discrecional no es posible sustituir, en su correcto ejercicio, la elección que el órgano de contratación realice de entre las distintas

soluciones amparadas por la norma de aplicación por ninguna otra, sin perjuicio de estar sometida a control jurisdiccional.

Debe determinarse, por lo tanto, si la documentación justificativa aportada por el adjudicatario acredita el nivel de solvencia técnica o profesional previsto en el pliego, y si lo hace en los propios términos que este señala, conforme a lo previsto en la sentencia 428/2021, de 31 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, lo cual lleva ya a desestimar la alegación que se realiza respecto a su aplicación distorsionada, que no es sino la reiteración, una vez más, de la pretensión de recurrir extemporáneamente los pliegos por parte del reclamante.

La valoración del nivel de solvencia técnica o profesional de Ríos Renovables se contiene en un informe técnico del expediente que fue asumido por la Mesa de Contratación el 23 de diciembre de 2021, debiendo estarse, por ello, a su contenido, así como a la propia documentación aportada por dicho licitador.

A) Respecto al primero de los requisitos de solvencia exigidos, Ríos Renovables formula declaración de que tiene suscritos contratos de gestión de energía por los importes que se detallan en el Anexo V.b, correspondientes a los últimos 5 años, siendo el importe en cualquiera de dichos años superior al consumo anual de las instalaciones objeto del contrato (966.009 Kwh/año), adjuntándose dichos contratos a efectos acreditativos.

El volumen de energía gestionado asciende, según la declaración formulada, a 6.419.041Kwh, importe muy superior al consumo anual de las instalaciones objeto del contrato, por lo que se acredita su solvencia respecto a este criterio. Solvencia que se mantendría aun cuando se eliminaran del cómputo los contratos suscritos con la Mancomunidad Residencial San Francisco y con el Ayuntamiento de Graus, o se adecuara en este último caso el volumen de energía gestionada al porcentaje de participación de Ríos Renovables en la UTE contratista, como alega el reclamante.

B) En relación con el segundo de los requisitos de solvencia, declara el adjudicatario haber realizado en los 10 últimos años actuaciones de mejora de la eficiencia energética en alumbrado exterior por importe de 3.098.962,02 euros,

adjuntado en su Anexo V.c los certificados de buena ejecución de las obras por dicho importe, que acreditan el cumplimiento del requisito al ser superior a los 2.500.000 euros exigidos en el pliego.

El informe de valoración de la solvencia técnica o profesional de Ríos Renovables advierte de la existencia de un error en el sumatorio de los certificados de buena ejecución, siendo así que el importe real asciende a 2.961.767,73 euros, superior en cualquier caso al previsto como requisito de solvencia.

Asimismo, al igual que decíamos antes, dicho requisito se cumpliría aun suprimiendo o minorando la participación de Ríos Renovables en el contrato suscrito con el Ayuntamiento de Graus.

C) Respecto al tercero de los requisitos de solvencia, declara el adjudicatario que tiene suscritos contratos de mantenimiento de equipos e instalaciones eléctricas por los importes que se detallan en el Anexo V.d, siendo el importe de cualquiera de dichos años superior a los 163.567,07 euros exigidos en el pliego.

El informe de valoración de su solvencia señala que las anualidades de mayor importe son 2020 y 2021, con un volumen de 253.565 euros (suprimiéndose del año 2021, en donde el importe declarado ascendía a 260.629 euros, el contrato suscrito con el Ayuntamiento de Marcilla por cuanto la prestación del servicio no cumple los seis meses, al tener fecha de 30 de agosto de 2021).

Respecto al certificado emitido por la empresa Aliwin Plus, S.L., lo cierto es que en este se señala que Ríos Renovables realiza las labores de mantenimiento fotovoltaico del parque fotovoltaico de Abertura (Cáceres), comenzando su ejecución el 30 de julio de 2013 y estando en vigor en la actualidad, así como que los servicios consisten en realizar las labores de mantenimiento correctivo y preventivo de las instalaciones que componen la planta solar fotovoltaica, propiedad de Aliwin Plus, S.L., ascendiendo su importe anual a 265.000 euros, de los cuales Ríos Renovables imputa 159.000 euros para la justificación de la solvencia técnica, frente a lo cual nada cabe objetar, dado el contenido del citado servicio y el requisito de solvencia previsto en el pliego.

Cabe concluir, por ello, que Ríos Renovables ha acreditado el nivel de solvencia técnica o profesional requerido en el pliego, no pudiendo estimarse que el informe de valoración de la misma haya prescindido de comprobar la documentación justificativa aportada por dicha empresa, por cuanto en dicho informe se señala expresamente que dicha revisión sí se ha producido, comprobación que también resulta del propio contenido, al realizar correcciones respecto a los datos declarados por dicha empresa a la vista de la citada documentación. Por todo ello, consideramos que debe desestimarse la alegación formulada al respecto.

NOVENO.- Solicita el órgano de contratación, para finalizar, la imposición de una multa al reclamante en los términos previstos en el artículo 127 de la LFCP, cuyo apartado 4 señala que *En caso de que el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al reclamante, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía. La imposición de multas sólo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en la reclamación.*

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al interés público y al resto de participantes. Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas mediante orden foral del titular del Departamento competente en materia de contratación pública.

La solicitud de imposición de multa se justifica en la temeridad y mala fe del reclamante, así como por el hecho de que la empresa GIMA, S.A., que complementa su solvencia en el presente procedimiento de contratación, es la actual adjudicataria, por lo que obtiene un beneficio durante todo el tiempo que el contrato se encuentre suspendido como consecuencia de la interposición de la reclamación.

Cabe traer a colación, respecto a la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación, lo señalado en el Acuerdo 94/2021, de 20 de septiembre, en donde se delimitan ambos conceptos de la siguiente forma: *“Respecto a la concurrencia de temeridad, la Resolución 11/2014, de 17 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, señala lo*

siguiente: “La jurisprudencia viene considerando temerario la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”. O, cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, RJ 1990\3637. La Sentencia 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”.

Por su parte la Resolución 50/2018, de 13 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, señala que *“El artículo 47.5 TRLCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo este OARC/KEAO que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque no queda acreditada en el expediente voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación”.*

Asimismo, cabe recordar que la imposición de la multa, en cuanto medida sancionadora, debe regirse por los principios reguladores de tal materia, como señala la Resolución 1680/2021, de 25 de noviembre, del TACRC: *“Ciertamente, la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justifica la imposición de la multa, si bien debe tenerse en cuenta que la misma debe ser palmaria, de tal suerte que no pueda existir una interpretación razonable y favorable a la creencia de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho. En efecto, la mala fe debe ser probada por quien la invoca, y atendido el carácter netamente sancionador de la multa, deben aplicarse los*

principios de presunción de inocencia (haber interpuesto el recurso con buena fe) e in dubio pro reo (ante la duda, entender que la actuación venía presidida por la buena fe).”

Respecto a la temeridad y mala fe en la interposición de la reclamación, lo cierto es que la misma no se aprecia, por cuanto aquella se basa en supuestas irregularidades cometidas en la presentación de la oferta por parte del adjudicatario, al margen de PLENA, que conllevarían su exclusión, lo cual sucedería igualmente de estimarse las alegaciones que realiza respecto a la falta de acreditación de su solvencia técnica o profesional. Igualmente, se alega la errónea valoración de criterios de adjudicación cualitativos en los que, si bien cabe apreciar un margen de discrecionalidad en su aplicación, también cabe la justa crítica de la misma. Así, se alega la infracción de diversos preceptos legales y de las correspondientes cláusulas del pliego, incluyendo la vulneración de los principios que han de regir la contratación pública conforme al artículo 2.1 de la LFCP, no apreciándose por ello la temeridad o mala fe alegadas por el órgano de contratación.

De igual forma, no cabe apreciar ánimo dilatorio alguno. En primer lugar, por cuanto la suspensión del acto recurrido y, con ella, del procedimiento de contratación, constituye una consecuencia automática de la interposición de la reclamación especial, como ya se ha expuesto con anterioridad. Y, en segundo lugar, por cuanto, como reconoce el propio órgano de contratación, el reclamante no es el actual prestador del servicio, siéndolo en cambio GIMA, S.A., que ha complementado su solvencia, no teniendo la consideración de licitador ni, como decimos, siendo el reclamante. No se puede apreciar, por ello, ánimo dilatorio por quien, en principio, no obtiene beneficio directo alguno con la paralización del procedimiento de contratación.

Atendiendo a las razones expuestas consideramos que no procede la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación.

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 ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L. frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de 30 de diciembre de 2021, por el que se adjudica a RÍOS RENOVABLES, S.L.U. el contrato de concesión de servicio público integral de iluminación exterior de Tudela.

2º. Notificar este acuerdo a ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L., al Ayuntamiento de Tudela, 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, 7 de abril de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.