

Expte: R-15 /2015

ACUERDO 18/2015, de 6 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estiman las reclamaciones interpuestas en materia de contratación pública por don J.M.G.V., en representación de “CLECE, S.A.” y por doña R.F., en nombre de GESPORT, S.L.” frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona de 15 de enero de 2015, por el que se adjudica el contrato de asistencia técnica de las labores de portería, socorrismo, mantenimiento y limpieza de la ciudad deportiva de San Jorge (Aquavox) y el complejo deportivo Aranzadi durante el año 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de octubre de 2014 se remitió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato de “Asistencia técnica de las labores de portería, socorrismo, mantenimiento y limpieza en la Ciudad Deportiva San Jorge (Aquavox) y el complejo deportivo Aranzadi durante el año 2015” promovido por el Ayuntamiento de Pamplona, que fue publicado en el número S-191 con fecha 04 de octubre de 2014. Dicho anuncio fue publicado igualmente en el Portal de Contratación con fecha 1 de octubre de 2014.

SEGUNDO.- Constituida la Mesa de Contratación, en su reunión de fecha 17 de noviembre de 2014, adopta entre otros los siguientes acuerdos:

“CUARTA.- (...)

Así pues, tras fijar la cuantía máxima que podemos considerar como accesorio de bajo coste, en la cifra de 5.000 euros, que según el criterio de adjudicación nº 3 ‘Oferta sobre el precio de piezas de reposición’ los licitadores que presenten una oferta igual o superior a dicho importe, se llevarán la máxima puntuación, es decir, 15 puntos. El resto de licitadores recibirán

la puntuación proporcional al incremento que oferten en tre el mínimo establecido (400 euros) y la cuantía máxima arriba indicada”.

“QUINTA.- Indicar que respecto al criterio de adjudicación nº 2 ‘Plan de Trabajo’, el Técnico, aporta a la Mesa documento en el que constan los aspectos que se deben desarrollar en el Plan de Trabajo, según lo recogido en el pliego de prescripciones técnicas, con la puntuación máxima que puede corresponder a cada uno de ellos. La Mesa acepta la propuesta hecha por el Técnico. Se adjunta como Anexo nº 3.”

El mencionado Anexo nº 3 es del siguiente tenor literal:

“Para proceder a la valoración técnica de los planes de trabajo presentados se considera que deben contener, desarrolladas, las materias que a continuación se relacionan y a las que se les asignan las puntuaciones siguientes:

- 1.- Plan de seguridad y servicio de socorrismo..... hasta 1,50 puntos
- 2.- Plan de mantenimiento preventivo, técnico legal y correctivo de toda la maquinaria y componentes existentes en los dos complejos..... hasta 1,50 puntos
- 3.- Plan de limpieza, desinfección desinsectación..... hasta 1,50 puntos
- 4.- Plan de control de los parámetros del agua de los vasos de las piscinas, de la humedad relativa y temperatura del aire, del nivel de cloro ambiental, etc. y plan de calibración de los instrumentos de medida de los diferentes parámetros..... hasta 1,50 puntos
- 5.- Plan de control y prevención de la legionelosis..... hasta 1,50 puntos
- 6.- Plan de preparación y puesta en marcha de las piscinas de verán y de invierno (cada vez después del cierre)..... hasta 0,25 puntos
- 7.- Plan de vigilancia para el cumplimiento de uso de las instalaciones hasta 0,25 puntos
- 8.-Plan de desarrollo de las labores administrativas, atención al público, control de accesos, expedición de abonos y venta diaria de entradas..... hasta 1,50 puntos
- 9.- Plan de organización del almacén, acopio de materiales y productos y control de proveedores: hasta 0,25 puntos
- 10.- Plan de evaluación: hasta 0,25 puntos”

“SEXTA.- A continuación se ha procedido a la apertura de la documentación técnica (sobre nº 2) presentada por los licitadores que han sido admitidos a la presente licitación.

Finalmente, la Mesa acuerda proceder al análisis de la documentación técnica presentada por las empresas admitidas a la presente licitación, según los criterios indicados en la letra L.1 del cuadro de características que rige el presente contrato.”

En dicha documentación se comprueba que las ofertas presentadas por los licitadores que han superado los umbrales de eliminación en relación con el criterio de adjudicación L.1. 3º ‘Oferta sobre el precio de piezas de reposición’ son las siguientes:

- “CLECE, S.A.”100.000 euros/pieza
- “Gestport, Gestión Deportiva”2.200 euros/pieza
- “Sedena, S.L.”30.268,15 euros/pieza

Posteriormente la Mesa de Contratación en su reunión de fecha 23 de noviembre de 2014, adopta, entre otros, el siguiente acuerdo:

“En relación a lo acordado en la cláusula sexta del anterior acta y a los criterios en ella añadidos, la Mesa acuerda revocar dicha decisión. Así la Mesa acuerda valorar el criterio de adjudicación nº 2 “Plan de trabajo” atendiendo al tenor literal de dicho criterio recogido en la letra L.1, y valorar y someter los contenidos de dicho criterio exclusivamente al juicio del técnico de deporte.”

Con fecha 15 de enero de 2015 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona adjudica el contrato a la oferta presentada por “Sedena, S.L” por 717.780,51 euros (IVA excluido).

CUARTO.- El 29 de enero de 2015 don E.M.P., en nombre y representación de “CLECE, S.A.” presenta frente a dicha adjudicación reclamación en materia de contratación pública. Igualmente presenta reclamación contra la adjudicación, con fecha 30 de enero de 2015 la mercantil “Gesport Gestión Deportiva, S.L.”, reclamaciones que son acumuladas por Acuerdo 11/2015, de 20 de febrero, de este Tribunal.

QUINTO.- La mercantil “CLECE, S.A.” fundamenta su reclamación en las siguientes alegaciones que se exponen en síntesis:

a) La Mesa de Contratación en su reunión de 17 de noviembre de 2014 ha introducido dos nuevos subcriterios no contenidos en el Pliego: 1) determinar que se considerarían accesorios de vida media aquellos cuya durabilidad es limitada y 2) fijar en 5.000 euros (IVA incluido) la cuantía máxima por encima de la cual no se considerarían ofertas concretas. Igualmente determinó que en el caso de que la oferta excediese el importe de 5.000 euros (IVA incluido) no se le otorgarían más de 15 puntos y que los demás licitadores obtendrían una puntuación proporcional, no a la oferta realmente presentada, sino a los 5.000 euros (IVA incluido) establecidos en dicho acuerdo.

Esta actuación de la Mesa de Contratación supone introducir nuevos coeficientes de ponderación y subcriterios que eran desconocidos por los licitadores en el momento de presentar sus correspondientes proposiciones, modificando los criterios de adjudicación. Esta actuación supone la contravención del artículo 45.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, (LFCP) cuando determina que los pliegos establecerán los criterios de adjudicación determinando si alguno es esencial, del artículo 45.4 LFCP, en cuanto que exige que la ponderación relativa de los criterios de adjudicación debe figurar en los Pliegos, del artículo 45.6 LFCP en cuanto que la aprobación de los Pliegos corresponde al órgano de contratación antes de la licitación del contrato, del artículo 58 párrafo segundo LFCP en cuanto que a la Mesa de Contratación corresponde la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación que debidamente ponderados figuran en el Pliego y del artículo 21.1 LFCP que regula la actuación de los poderes adjudicadores sometidos a dicha Ley Foral.

b) Que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 24 de enero de 2008, apartado 35 (Lianakis; Asunto C-532/06), señala que no se pueden aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no se hayan puesto en conocimiento de los licitadores y que la doctrina sentada en la Sentencia TJUE, de 24 de noviembre de 2005, (ATI EAC; Asunto C 331/04), se refiere a la admisibilidad de los subcriterios cuando ya existen en el Pliego criterios de adjudicación ya fijados siempre y cuando: 1) no modifique los criterios de adjudicación

fijados en el Pliego o en el anuncio; 2) no contengan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y 3) que no contengan elementos que tengan efectos discriminatorios en perjuicio de los licitadores.

c) Que dicha actuación es nula de pleno derecho y esa información debió figurar en los pliegos y documentos que formaban parte del expediente y si no se hizo así fue para poder beneficiarse de las mayores ofertas que realizaran los licitadores. Además, de aplicarse el Pliego tal como se redactó, resulta que debería excluirse de la licitación a las proposiciones presentadas por “Sedena, S.L.”, “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” y “Servicio, Cultura, Deporte y Recreación, S.L.” por no alcanzar ninguna de ellas el umbral mínimo de 5 puntos que exige el pliego en este criterio 3.

En consecuencia solicita la anulación del acto recurrido, la retroacción del expediente al momento de la valoración del criterio 3º de adjudicación ordenando a la entidad adjudicadora que valore este criterio 3º sin limitar la cantidad máxima ofertada, atribuyendo la mayor puntuación a la proposición que mayor incremento sobre los 400 euros haya ofertado y al resto de los licitadores en proporción y, que una vez establecida esa puntuación, determine que ofertas quedan automáticamente eliminadas por no alcanzar en este criterio 3º el mínimo de 5 puntos, debiendo adjudicar el contrato a la oferta, que de todas las presentadas y una vez superado el mínimo de exclusión, obtenga la mayor puntuación.

SEXTO.- “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” presenta su reclamación el día 30 de enero de 2015 y la fundamenta en las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que hasta cuatro de los criterios de adjudicación (Letra L, número 1, apartados 2º, 3º, 4º y 5º del cuadro de características) han sido valorados o evaluados inicialmente por un miembro de la propia Mesa o por personas u órganos ajenos, no constando encargo de la Mesa para dicha actuación. Señala que la aparición de informes de valoración autónomos, sin acuerdo previo de la Mesa, es una infracción del principio

de transparencia y, con cita de la STJUE, CAS Succhi di Frutta (apartado 111), tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad junto con el control de la imparcialidad según la STJUE Parking Brixen, apartado 49.

b) Que en el criterio de adjudicación referido al “Plan de actuación” la Mesa de Contratación, con carácter previo a la apertura de la documentación técnica, establece unos subcriterios pero una vez efectuada la apertura de la documentación técnica los revoca, lo que considera una infracción del mandato del artículo 21 LFCP que exige un tratamiento igualitario y no discriminatorio a los contratistas y actuar con transparencia.

c) Que la fijación de subcriterios en el criterio de adjudicación denominado “Plan de actuación” evidencia que es un criterio de adjudicación genérico y ambiguo lo que contraviene el artículo 51.1.c) LFCP que exige que los criterios de adjudicación se determinen de forma precisa, por lo que entiende que ha existido una infracción de los principios de transparencia y publicidad, así como el de igualdad, con cita del Acuerdo del 53/2014, de 16 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Reconoce que el Pliego no fue impugnado en su día pero al amparo de la doctrina del Acuerdo 24/2013, de 3 de septiembre, de este Tribunal, al tratarse de un vicio de nulidad puede discutirse en este momento, ya que dicha nulidad que se traslada a la actuación de la Mesa de Contratación al revocar los criterios de puntuación después de la apertura de la documentación técnica y evalúa las ofertas con un informe técnico que desarrolla subcriterios e incluso escalas de importancia respecto de los distintos contenidos.

d) Que el criterio de adjudicación relativo a piezas de reposición está dotado de una gran ambigüedad puesto que, en el expediente, se define como “*material de uso continuado y efectos de consumo...de cualquier equipo e instalación considerado como accesorio de vida media y bajo coste*”. Por otra parte no se establecía un tope máximo, aunque la Mesa de Contratación fijó un tope máximo de puntuación tras un análisis de los históricos de dichas piezas en 5.000 euros. A su vez, este criterio establecía un mínimo de puntuación dependiendo de las restantes ofertas, por lo que existía un doble umbral de exclusión y uno de ellos dependiendo de las ofertas de los demás licitadores.

Por otro lado, la oferta técnica que se presente para este criterio de adjudicación permite inferir datos de la oferta económica de los demás licitadores ya que la reposición incide en los datos económicos de la actividad y puede afectar a la consideración de una oferta anormalmente baja.

Por tanto, lo expuesto respecto a este criterio de adjudicación y su aplicación por parte de la Mesa de Contratación permite concluir que se han infringido los principios de publicidad, concurrencia e igualdad así como el propio artículo 52.2 LFCP.

e) Que no ha podido acceder a la mayor parte del expediente por la declaración de confidencialidad de la oferta técnica del adjudicatario por lo que en aplicación de la doctrina de este Tribunal contenida en el Acuerdo 38/2014, de 14 de agosto, considera que se ha vulnerado el derecho a la transparencia.

En consecuencia solicita que se anule el acto recurrido, así como el procedimiento de contratación.

SÉPTIMO.- Con fecha 4 de febrero de 2015 el Ayuntamiento de Pamplona presenta sus alegaciones frente a las reclamaciones, que se transcriben en síntesis:

a) No se han establecidos subcriterios ni se ha otorgado un peso específico diferente a elementos secundarios de un criterio de adjudicación. El criterio sigue siendo el mismo: “*materiales de uso continuado y efectos de consumo*”. Lo que la Mesa de Contratación ha hecho es definir un concepto jurídico indeterminado que, según el Pliego, son “*accesorios de vida media y bajo coste*”, definiéndose el término accesorio en el Diccionario de la Real Academia como: “*Utensilio auxiliar para determinado trabajo o para el funcionamiento de una máquina*”. Por su parte, bajo coste se define como: “*Gasto realizado para la obtención o adquisición de una cosa o de un servicio que ocupa una posición inferior en una determinada escala*”.

La Mesa de Contratación consideró que, dado que el criterio de adjudicación nº 3 valora el incremento sobre el mínimo establecido en 400 euros, podía comportar la exclusión de algunas ofertas ya que establecía un umbral de exclusión y, por ello, solicitó dos informes técnicos “*que acreditaran el límite máximo que era razonable establecer*” atendiendo a la naturaleza de los repuestos como de “*bajo coste*” y a los ejemplos recogidos en el Pliego.

Por tanto, considera que “*Simplemente, lo que la Mesa ha hecho es definir el criterio mediante informe técnicos, no establecer subcriterios.*”

b) Que aun en el caso de que se considerara que se han establecido subcriterios, se cumplen los requisitos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- No se ha modificado el criterio de adjudicación que sigue siendo el mismo, es decir, pieza de reposición de bajo costo. Únicamente la Mesa ha tomado un límite máximo de precio a partir del cual la oferta no responde a su objeto.

- Que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en la preparación. Y solo puede influir si se considera que las piezas de reposición de bajo coste ascienden a 100.000 euros como ha hecho “CLECE, S.A.” en su oferta. Por tanto, si de haber conocido el límite máximo con antelación hubiera variado su oferta, es que dicha oferta es inadmisibles por no ser acorde con el objeto del contrato o bien por haber sido hecha de mala fe para conseguir la eliminación de las demás ofertas. Niega la argumentación de “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” de que se hayan aportado nuevos elementos o información, ya que lo que se ha hecho es definir un criterio sin variarlo y que en ningún momento señala de qué modo su oferta hubiera sido diferente a la que presentó por importe de 2.200 euros por pieza, cantidad acorde con el rango lógico de lo que se debe considerar “*accesorio de bajo coste*”.

- Que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. La Mesa de Contratación ha sido imparcial ya que toma su decisión antes de la apertura de las proposiciones y lo hace sustentada en dos informes técnicos que justifican el importe establecido.

c) Que es cierto que se han elaborado informes por parte de técnicos de la Agencia Energética del Ayuntamiento de Pamplona, ajenos a la Mesa de Contratación, sobre la eficiencia energética y sostenibilidad de las ofertas y que, una vez presentados ante la Mesa, esta acuerda aceptarlos íntegramente junto con las puntuaciones. Dicha actuación se encuentra amparada en lo dispuesto en el artículo 61.3 LFCP.

d) Respecto al criterio de adjudicación nº 2 “Plan de trabajo”, éste criterio exige que las ofertas expliquen todos los aspectos recogidos en el Pliego. El acta de la Mesa de Contratación de 25 de noviembre de 2014 acuerda revocar lo dispuesto en la reunión de 17 de noviembre de 2014 respecto a este criterio. Por tanto, tal como se puede observar en el informe del Técnico de Deporte, de 23 de diciembre de 2014, la valoración se realiza conforme al Pliego y, por tanto, se analizan todos los aspectos de la oferta y se asigna a cada una de las oferta la puntuación global. Precisamente para evitar que se pueda considerar una ponderación del criterio es por lo que se toma el acuerdo de 25 de noviembre de 2014, un mes antes de que el Técnico realice su informe. Por tanto, ni se ha cambiado el criterio ni se han establecido ponderaciones.

e) No existe infracción del artículo 52.2 LFCP porque el criterio de las piezas de reposición es de carácter estrictamente técnico y tiene como finalidad conseguir un mantenimiento exhaustivo y en modo alguno anticipa el resultado de la oferta económica de los licitadores. De la cuantía que se haya fijado no se pueden deducir datos de la oferta económica.

f) No ha existido falta de transparencia por la declaración de confidencialidad de parte de la oferta de “Sedena, S.L.”, ya que solo afecta al “Plan de Trabajo y Programa de Ahorro Energético”, estando motivado el carácter confidencial de los mismos por

cuanto responden a los métodos de organización de dicha empresa como elemento diferenciador.

Por otra parte “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” no ha sufrido indefensión alguna puesto que ha tenido acceso a los informes técnicos que valoran los criterios de adjudicación del proyecto técnico

En consecuencia, solicita la desestimación de las reclamaciones presentadas.

OCTAVO.- Con fecha 9 de febrero de 2015 “Sedena, S.L.” presenta sus alegaciones, tras señalar su plena adhesión a las alegaciones formuladas por el Ayuntamiento de Pamplona, que se exponen en síntesis:

a) La actuación municipal se ajusta plenamente a derecho por cuanto no se ha desvirtuado el principio de concurrencia ya que, cualquier empresa se ha podido presentar a la licitación, sin que guarde la más mínima relación con ese principio la definición lógica de lo que es una “pieza de reposición de bajo coste” y la determinación de un límite por encima del cual se puntúa a todos por igual. Tampoco se ha vulnerado el principio de igualdad puesto que todos los licitadores han recibido el mismo trato. Tampoco se ha vulnerado el principio de transparencia ya que no se ha variado un ápice el criterio de adjudicación.

b) Que la reclamación de “CLECE, S.A.” olvida los deberes de buena fe contractual y ejercicio adecuado del derecho, ya que una oferta como la de “CLECE, S.A.”, muy alejada de lo que solicitaba el Pliego, no solo buscaba obtener la mayor puntuación sino que, al mismo tiempo, sin ningún tipo de fundamento técnico buscaba la exclusión de todos los demás licitadores cuyas ofertas si se ajustaban a la realidad del Pliego y, cita en apoyo de esta alegación, el artículo 7.2 del Código Civil sobre el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo. Es precisamente la actuación del Ayuntamiento la que evita la expulsión de los demás licitadores.

c) La existencia de dos informes técnicos ajenos a la Mesa de Contratación se encuentra amparada en el artículo 61.3 LFCP.

d) No ha existido violación de los principios de la contratación en cuanto a la fijación de subcriterios porque han sido revocados con anterioridad a la valoración de las ofertas técnicas.

e) La fijación del límite de 5.000 euros es complemente es adecuada por cuanto se hizo para aplicar de forma natural razonable y veraz lo que se pedía en el Pliego y no por existencia de imprecisión o generalidad alguna, sino para evitar que ningún licitador quedara excluido. Considera sorprendente que “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” recurra algo que le ha beneficiado, pues de lo contrario su oferta hubiera quedado excluida. Señala que solamente ha presentado la reclamación, a destiempo, una vez que ha conocido que su oferta no era la mejor.

f) Carece de sentido afirmar que la propuesta sobre el precio de las piezas de reposición permite inferir datos de la oferta económica y la reclamación de “Gesport Gestión Deportiva, S.L.” no explica la razón de ello. Tampoco un precio elevado de reposición da lugar a ofertas anormalmente bajas puesto que señala que “Sedena, S.L.” en ningún momento hace una oferta inferior al 30% del precio de licitación.

g) No se han infringido las normas de transparencia en cuanto a confidencialidad de la oferta de “SEDNA, S.L.”, puesto que no abarca la totalidad de la oferta y aquellos aspectos que se encuentran cubiertos por la declaración de confidencialidad están motivados por tener un alto valor organizativo, estratégico y comercial.

En consecuencia solicita la desestimación de las reclamaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Pamplona, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de

la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamaciones han sido interpuestas por personas legitimadas al tratarse las reclamantes de licitadoras participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

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

CUARTO.- Las mercantiles “CLECE, S.A.” y “GESPORT, S.L.” impugnan el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona de 15 de enero de 2015, por el que se adjudica el contrato de asistencia técnica de las labores de portería, socorrismo, mantenimiento y limpieza de la ciudad deportiva de San Jorge (Aquavox) y el complejo deportivo Aranzadi durante el año 2015.

“CLECE, S.A.” considera que el acto administrativo recurrido es nulo por cuanto la Mesa de Contratación introdujo con anterioridad a la valoración de las ofertas de los licitadores nuevos criterios no contenidos en los Pliegos ni en el anuncio de licitación, lo cual, según la reclamante, debería conllevar a declarar la retroacción del expediente al momento de valoración de las proposiciones conforme a los criterios contenidos en los pliegos. Por ello, reclama la revocación del acto de adjudicación con retroacción del expediente de contratación al momento en que se cometió la infracción y con el fin de que se realice una nueva valoración de las ofertas técnicas presentadas por los licitadores.

“GESPORT, S.L.”, por su parte, si bien plantea una vulneración específica del principio de transparencia que derivaría de su imposibilidad, según señala, de acceder a la mayor parte de la oferta técnica de la adjudicataria por razón de la declaración de

confidencialidad realizada sobre la misma, solicita también la nulidad del acto de adjudicación del contrato en cuestión, y de todo el procedimiento de contratación, por otras razones.

En primer lugar, esta reclamante advierte la falta de claridad y precisión de dos de los criterios de adjudicación, introducción por la Mesa de Contratación de subcriterios no previstos en el Pliego y valoración como oferta técnica de parte de la oferta económica. Asimismo, junto a lo señalado, pone en cuestión la intervención en la valoración de técnicos ajenos a la Mesa de Contratación. Por tanto, entiende que el acto de adjudicación es nulo derecho y, consecuencia de ello, debe declararse la nulidad de todo el procedimiento de contratación.

Por tanto, fundando ambas mercantiles sus respectivas reclamaciones en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia del contrato, y en particular de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, los motivos alegados se encuentra incluidos entre los tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La resolución de la litis planteada debe conllevar, en primer lugar, a examinar los Pliegos de Cláusulas Administrativas (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato licitado por el Ayuntamiento de Pamplona.

Así, dicho contrato se define en el APARTADO B DEL CUADRO DE CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO, “DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO”, señalándose lo siguiente:

- “Apartado B: DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

1- Objeto del contrato: ASISTENCIA TÉCNICA DE LAS LABORES DE PORTERÍA, SOCORRISMO, MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA EN LA CIUDAD DEPORTIVA SAN JORGE (AQUAVOX) Y EL COMPLEJO DEPORTIVO ARANZADI DURANTE EL AÑO 2015(1 DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE)”

Apartado L: “*CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.*”

1.- Criterios de adjudicación. Pluralidad de criterios.

1º.- OFERTA ECONÓMICA... HASTA 60 PUNTOS

Para la valoración de la oferta económica, se dará la máxima puntuación (60 puntos) al precio más bajo. Al resto de las ofertas, de dicha puntuación máxima, se les restará un punto (o la parte proporcional que corresponda) por cada 0,5% (o fracción) de aumento del precio sobre la oferta más baja. Las ofertas se valorarán con exclusión del IVA.

2º.- PLAN DE TRABAJO..... HASTA 10 PUNTOS.

Plan de trabajo o desarrollo en el que quedarán explicados todos los aspectos ecogidos en el pliego de prescripciones técnicas.

3º.- OFERTA SOBRE EL PRECIO DE PIEZAS DE REPOSICIÓN..... HASTA 15 PUNTOS.

En este apartado se valorará el incremento del precio establecido en el apartado b.4) del punto 5 del pliego de prescripciones técnicas relativo a “Repuesto maquinaria y equipos de medida”, por cuenta de la adjudicataria. Se valorará de forma que aquel licitador que incremente en mayor cuantía el precio mínimo, establecido en 400,00 euros recibirá la mayor puntuación y el resto la puntuación proporcional”.

4º.- PROGRAMA DE AHORRO ENERGÉTICO.....HASTA 10 PUNTOS.

Se valorará teniendo en cuenta el programa de ahorro presentado que deberá contener una cuantificación de los ahorros, las vías, medios e instrumentos dispuestos para conseguirlo y las herramientas de control y seguimiento.

5º.- CRITERIOS DE SOSTENIBILIDAD....HASTA 5 PUNTOS.

Compromiso de utilización de productos para la limpieza que tengan características que los hagan más sostenibles,

APARTADO L.4 CUADRO DE CARACTERÍSTICAS, que fija un umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo al

establecer que *“Resultarán automáticamente eliminadas aquellas proposiciones que, una vez efectuada la valoración técnica, no alcancen como mínimo 5 puntos en el criterio 2º y 5 puntos en el criterio 3º”.*

Cláusula 11ª nº 2, segundo párrafo, in fine: *”De conformidad con lo dispuesto en el art. 45.2 de la Ley Foral de Contratos Públicos, cuando un licitador no alcance los umbrales mínimos de puntuación que se hayan exigido, no podrá continuar en el procedimiento de contratación, en su caso en el apartado L4) del Cuadro de Características, todo ello sin perjuicio de la facultad de rechazar ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato”.*

En el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), se señala lo siguiente:

Cláusula 5ª, b 4) *“REPUESTOS MAQUINARIA Y EQUIPOS DE MEDIDA” :*
“El material necesario a emplear será suministrado por la empresa adjudicataria. Tal aportación de materiales incluye las piezas y repuestos especificados de sustitución o cambio de las instalaciones tales como fusibles, lámparas de señalización-emergencia, aceites para engrases, pintura pequeño material eléctrico, pequeño material de fontanería pequeño material de albañilería, etc.

Será por cuenta de la empresa adjudicataria todo el material de uso continuado y efectos de consumo por valor inferior o igual a 400,00 euros (a PVP) de cualquier equipo de instalación considerado como accesorio de vida media y bajo coste. El resto de material será facturado directamente al Ayuntamiento de Pamplona sin cargo de Beneficio Industrial alguno.

El adjudicatario suministrará sin cargo alguno para el Ayuntamiento de Pamplona el pequeño material y efectos de consumo en operaciones de mantenimiento, tales como:

Aceites, grasas y disolventes

Detergentes para limpieza de las piezas y elementos

Cinta teflón, estopas

Trapos

Líquidos de tratamiento de agua

Material eléctrico

Correas, filtros

Fluorescentes, lámparas de todo tipo, fusibles

Pintura

Productos para piscina

Recambio para averías en general

etc.

De los productos tales como aceites, grasas, disolventes, etc., el adjudicatario deberá facilitar al Ayuntamiento de Pamplona las correspondientes fichas técnicas.

El suministro y la instalación de materiales derivados de modificación o renovación de instalaciones, obra nueva, adecuación de las instalaciones a nueva normativa, reparación de desperfectos, defectos constructivos, negligencias de uso o servicio de instalaciones o equipos, previos al inicio de la relación contractual con el centro de trabajo, serán a cargo de la propiedad.

La empresa adjudicataria deberá confeccionar un programa de stocks mínimos y cantidades de reposición de cada uno de los elementos que sea necesario mantener en sus almacenes, con objeto de poder disponer del material preciso para llevar a cabo las tareas habituales de mantenimiento.

Cuando así se determine, la empresa adjudicataria adquirirá los repuestos necesarios para prestar el servicio que se le soliciten, facturándolos seguidamente.

Todos los materiales empleados, serán al menos equivalentes en características y calidad, a los instalados. En caso de tener que variar la marca o el modelo, por causa justificada, antes de su instalación, la firma adjudicataria presentará al Ayuntamiento de Pamplona las características de los materiales que vaya a emplear, no pudiendo utilizar ningún material sin que previamente haya sido aceptado por el Ayuntamiento de Pamplona.

El Ayuntamiento de Pamplona podrá encargarse y ordenar el análisis, ensayo o comprobación de los materiales en fábrica de origen, laboratorios oficiales o en la misma instalación. En caso de discrepancia, los ensayos y pruebas se efectuarán en Laboratorio Oficial.

Será por cuenta de la empresa adjudicataria el disponer de toda la maquinaria, herramientas, útiles, aparatos de medida y resto de medios auxiliares necesarios para poder realizar de forma correcta todas y cada una de las funciones objeto del contrato”.

SEXTO.- De los antecedentes de hecho deducidos se desprende que las cuestiones que plantean los reclamantes son varias y no coincidentes todas ellas, ni en sus planteamientos ni en cuanto a las consecuencias que acarrearía una hipotética estimación de sus pretensiones, pese a lo cual hay un nexo común entre las reclamaciones formuladas que resulta preciso abordar de modo previo.

En primer lugar, la entidad “GESPORT, S.L.” alega la nulidad de pleno derecho de la cláusula L.1 del Cuadro de características del contrato en el que se recoge el criterio de adjudicación nº 3º, *Oferta sobre el precio de piezas de reposición*”, por estar afectado, según señala, de falta de claridad y precisión. Dicha infracción, estima que contraviene lo preceptuado en el artículo 51.1.C) LFCP, que exige que los criterios de adjudicación se expresen o determinen de forma precisa, característica que incide en la vulneración de los principios de transparencia y publicidad, así como de igualdad.

La reclamante considera que la definición del concepto “piezas de reposición” del criterio de adjudicación nº 3 resulta general y ambiguo porque se determina por referencia al concepto de *“material de uso continuado y efectos de consumo”* de cualquier equipo e instalación considerado como *“accesorio de vida media y bajo coste”* (cláusula 5ª.b.4 PPT), lo que se traduce en una falta de información necesaria para que los licitadores formulen sus ofertas.

De contrario, el Ayuntamiento de Pamplona significa que la cláusula 5ª.b.4 PPT establece de forma clara y concreta a qué hace referencia dicho criterio porque de la

misma se deduce que el concepto de “*accesorios de vida media y bajo coste*” incluye “*fusibles, lámparas de señalización-emergencia, aceites para engrases, pintura, pequeño material eléctrico, pequeño material de fontanería, pequeño material de albañilería, etc*”, de un “*valor inferior o igual a 400 euros-pieza*”. Por tanto, considera que no se trata de un criterio ambiguo y genérico porque se dan ejemplos sobre tipos de accesorios y, finalmente, se da una valoración del coste mínimo de la pieza.

Por tanto, la entidad adjudicadora opone que el criterio de adjudicación impugnado está suficientemente concretado en el PPT al no ofrecer ninguna duda el concepto de pieza de reposición por su remisión al de “*accesorio de vida media y bajo coste*”, que estaría determinado por una doble referencia: la consideración de tratarse de pequeño material y, además, tener una valoración, en relación al coste mínimo de la pieza, de 400 euros.

Sin embargo, una primera aproximación a la citada cláusula PPT permite atisbar que no sólo no existe definición alguna del concepto denominado “*accesorios de vida media y bajo consumo*”, sino que, que su mera referencia, además de incluir piezas y repuestos de sustitución o cambio de instalaciones de muy diferente naturaleza, emplea expresiones “*tales como*” y “*etc*”, evidenciándose que la relación que se ofrece para concretar el concepto de material de repuesto no es taxativa, sino que constituye un “*numerus apertus*”.

A mayor abundamiento, en ningún caso la citada cláusula del PPT establece, cuando se refiere al precio mínimo del material de repuesto, qué se entiende por “*pieza*”, planteándose la duda de si hay que entender por tal una mera unidad de medida porque, incluyendo dentro del concepto de pieza de reposición materiales de distinta naturaleza, también los fungibles, necesariamente se impone determinar qué es una pieza en el caso del aceite, grasas o disolventes, en el de la pintura o en el de los productos para la piscina, que no sería igual que en el caso de, por ejemplo, las cintas, las estopas o las correas.

Por otra parte, no puede aceptarse la doble referencia que utiliza el Ayuntamiento de Pamplona para delimitar el concepto señalado de “*accesorios de vida media y bajo coste*” porque resulta contradicho por el propio criterio de adjudicación objeto de análisis.

Así es toda vez que el criterio de adjudicación “*Oferta sobre el precio de piezas de reposición*” establece que “.....*Se valora de forma que aquel licitador que incremente en mayor cuantía el precio mínimo, establecido en 400,00 euros, recibirá la mayor puntuación y el resto la puntuación proporcional*”.

Dicho de otro modo, si cabe valorar aquellas piezas de reposición de un precio superior a 400 euros, resulta claro que el precio no resulta una referencia delimitadora del concepto, lo que, por otro lado, conduciría a negar la razonabilidad de dicho criterio de adjudicación al permitir la valoración de las ofertas de los licitadores sobre piezas de reposición que no casan con el concepto manejado por el propio órgano de contratación de “*Accesorios de media vida y bajo coste*”.

En esta tesitura, no puede aceptarse la interpretación que ofrece la entidad adjudicadora porque significaría asumir la invasión por parte del PPT de los aspectos reservados por la legislación al PCAP, además, de forma discrepante frente a lo regulado en el mismo.

Siendo que la configuración legal de ambos documentos no aparece dibujada en la legislación de una forma tan delimitada, resulta comúnmente admitido que el PCAP, que determina el régimen jurídico del contrato, rige el procedimiento contractual y los derechos y deberes de las partes en la ejecución del contrato, mientras que el PPT, que sirve para definir el objeto del contrato y sus características técnicas, siendo de alcance más limitado que aquél, solo afecta a la naturaleza o cualidades de la prestación como objeto físico y funcional, por lo que debe limitarse al establecimiento y definición de los aspectos técnicos que debe reunir el objeto de la prestación.

Así, el artículo 45 LFCP se refiere al PACP señalando que en el mismo “*se fijarán previamente los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones*

de las partes del contrato, en sus aspectos jurídicos, administrativos y económicos”, y el artículo 45.2 de la misma establece que “Establecerán los criterios de adjudicación del contrato determinando, en su caso, si alguno de ellos es esencial...”

Por otra parte, el artículo 46 LFCP, denomina PPT a *“las especificaciones técnicas para la ejecución del contrato”*.

Por tanto, en este caso, cuando la incongruencia entre las cláusulas de los PCAP y los PPT de una licitación impide conocer con claridad las condiciones básicas del contrato y por tanto la forma en la que los licitadores deben realizar su oferta, la conclusión no puede ser otra que la nulidad de los pliegos que rigen el procedimiento, ya que la oscuridad de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores.

SÉPTIMO.- Las entidades reclamantes coinciden en su planteamientos al señalar que la Mesa de Contratación ha introducido, con ocasión de la valoración de las ofertas técnicas, nuevos coeficientes de ponderación y subcriterios desconocidos por los licitadores en el momento de confeccionar sus correspondientes proposiciones.

Concretamente, aducen que la Mesa de Contratación ha modificado el criterio de adjudicación nº 3, *“Oferta de piezas de reposición”* al limitar la oferta máxima a 5.000 euros (IVA incluido), al fijar que las ofertas que excediesen dicha cuantía no se les otorgaría más de 15 puntos y al modificar el criterio de puntuación proporcional por puntuarlo no sobre la oferta realmente presentada, sino sobre los señalados 5.000 euros (IVA incluido)

De esta manera, tanto *“CLECE, S.A”* como *“GESPORT, S.L.”* consideran que ha existido una alteración de los criterios de adjudicación contenidos en el Pliego, en lo que a la introducción de dos subcriterios se refiere: no considerar accesorios de vida media los que tienen un coste superior a 5000 euros, con lo cual las ofertas formuladas por encima no tendrían consideración, y atribuir una nueva puntuación por este criterio, ya que la máxima puntuación de 15 puntos sería otorgada a los licitadores que ofrecieran el precio de 5.000 euros y al resto se les puntuaría proporcionalmente en

cuanto al incremento ofertado y esos 5000 euros, pero no en cuanto al precio ofertado y el precio realmente ofrecido por los licitadores.

Frente a ello, el Ayuntamiento de Pamplona opone que lo único que ha hecho la Mesa de Contratación es definir un concepto jurídico indeterminado, tratándose del concepto “*materiales de uso continuado y efectos de consumo*”, pero no establecer subcriterios ni otorgar peso específico a elementos diferentes de un criterio de adjudicación.

A mayor abundamiento, la entidad adjudicadora expone que la Mesa de Contratación, entendiendo que la aplicación del criterio de adjudicación, tal cuál venía redactado en el PCAP, podía comportar la exclusión de algunas ofertas al establecer un umbral de exclusión, solicitó dos informe técnicos que acreditaran el límite máximo que era razonable establecer atendiendo a la naturaleza de los de repuestos como de “bajo coste” y a los ejemplos recogidos en el Pliego. Por tanto, según señala, “*Simplemente, lo que la Mesa ha hecho es definir el criterio mediante informe técnicos, no establecer subcriterios*”.

Pues bien, en el expediente de contratación remitido obra el acta de la Mesa de Contratación, referida a la sesión celebrada el 17 de noviembre de 2015, en cuyo apartado cuarto se hace constar que:

” Antes de proceder a la apertura del sobre nº 2, el Técnico de deporte del Ayuntamiento de Pamplona, comunica a la Mesa de Contratación que para la valoración de las proposiciones, y en concreto para la asignación de puntos en el criterio de adjudicación 3”Oferta sobre el precio de piezas de reposición”, conviene determinar el precio considerado máximo de los accesorios que, formando parte de los diferentes equipos e instalaciones sean de vida media y bajo coste.

(...)Pues bien, el Técnico de Deporte propone a la Mesa la cifra que considera como precio máximo de los accesorios que, formando parte de los diferentes equipos e instalaciones sean de vida media y bajo coste. La proposición realizada por el Técnico

de deporte se basa en el análisis del histórico de facturación de accesorios de reposición desde el año 2010 hasta la actualidad (2014). En dicho histórico aparecen una relación de accesorios de reposición como motores eléctricos, válvulas, rejillas perimetrales de rebosaderos, etc, con su correspondiente precio de facturación. Asimismo se observa que no constan facturas por importe superior a 5200 euros, IVA incluido. Por lo tanto se propone a la Mesa de contratación que considere como accesorios de vida media aquellos cuya durabilidad es limitada, y debajo coste, los que no superen los 5000 euros, IVA incluido, en base al análisis del histórico de facturación indicado anteriormente.

La Mesa acepta la propuesta hecha por el Técnico, y se acuerda considerar como accesorios de vida media aquellos cuya durabilidad es limitada y de bajo coste, los que nos superen los 5000 euros, IVA incluido. No obstante, la Mesa acuerda solicitar del Área de Conservación Urbana del Ayuntamiento de Pamplona, encargada del mantenimiento general de los edificios municipales, informe sobre la adecuación de la cuantía fijada. Se adjunta como documento nº 1 informe del Técnico de deporte y como Anexo nº 2 informe del Área de Conservación Urbana del Ayuntamiento de Pamplona.

Así pues, tras fijar la cuantía máxima que podemos considerar como accesorio bajo coste, en la cifra de 5000 euros, según el criterio de adjudicación nº 3 "Oferta sobre el precio de piezas de reposición", los licitadores que presenten una oferta igual o superior a dicho importe, se llevarán la máxima puntuación, es decir, 15 puntos. El resto de licitadores recibirán la puntuación proporcional al incremento que oferten entre el precio mínimo establecido (400euros) y la cuantía máxima arriba indicado"

Por tanto, resulta acreditado, en primer lugar, que es el Técnico de deporte del Ayuntamiento de Pamplona quien, antes de procederse a abrir el sobre 2, comunica a la Mesa de Contratación que para la valoración de las proposiciones y la asignación de puntos en el criterio de adjudicación nº 3 "Oferta sobre el precio de piezas de reposición", conviene determinar el precio considerado máximo de los accesorios de los equipos e instalaciones que se consideran de vida media y bajo coste, lo que viene a

significar que ese criterio de adjudicación carecía de la determinación suficiente para valorar las ofertas de los licitadores.

En, segundo lugar, también resulta constatado que la Mesa de contratación, asumió dos informes técnicos emitidos a su instancia con carácter previo a la valoración de las ofertas técnicas, que concluyeron lo siguiente:

- no se puede considerar como “*material de uso continuado*” y “*de bajo coste*” a accesorios de importe superior a 5.000 euros.

- la gran mayoría de los elementos objeto de sustitución por mantenimiento se encuentran en un abanico que puede llegar a un máximo de 400 euros y que el resto no supera los 5000 euros (bombas de calefacción, bombas de circulación de agua, quemadores, diversas electrónicas de control, centralitas, etc...)

- En el historial de facturación en la Ciudad Deportiva San Jorge y en el complejo deportivo Aranzadi no constan facturas por importe superior a 5200 euros.

Consecuencia de ello, la Mesa de Contratación acordó “*considerar como accesorios de vida media aquellos cuya durabilidad es limitada y de bajo coste, los que no superen los 5000 euros, IVA incluido*”, lo que también viene a contradecir el criterio establecido en los PPT, según interpreta el Ayuntamiento de Pamplona, de que los accesorios de vida medida y de bajo coste son los que tienen una valoración de 400 euros en relación al coste mínimo de la pieza

Todo lo señalado viene a confirmar, por un lado, que el criterio de adjudicación contemplado estaba indefinido en el PCAP, siendo prueba de ello, además, que el Ayuntamiento de Pamplona, en sus escritos de alegaciones presentados, habla de indefinición en el Pliego cuando alude a las piezas de bajo coste que contempla ese criterio de adjudicación. Así señala que “*Dicho de otra manera, si la reclamante hubiera hecho otra oferta diferente una vez definido el importe del “bajo coste” es porque , o bien, no conoce este concepto en el marco del contrato al que licita o bien ha utilizado su indefinición en el Pliego para, aprovechando el umbral, expulsar de mala fe a sus competidoras*”.

Por otro lado, también resulta patente que el criterio de adjudicación fue modificado por la mesa al excluir del concepto accesorios de vida media y bajo coste las piezas de reposición de coste superior a 5.00 euros, IVA incluido, con las consecuencias que dicha decisión ha conllevado en la valoración técnica de las ofertas presentadas por los licitadores.

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

Al respecto debemos señalar que el artículo 21.1 LFCP establece que *“las entidades sometidas a la presente Ley Foral otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria”*.

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

La principal función del Tribunal es comprobar si los principios rectores de la contratación pública (art. 21 LFCP) son respetados y no se incurre en arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al ejecutarla.

Si bien es la entidad contratante la competente para interpretar el modo adecuado de aplicar los criterios de adjudicación, la Mesa de Contratación y la entidad contratante deben estar en el otorgamiento de puntuaciones conforme al tenor de los PCAP. La entidad contratante ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurran a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, pero como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00, *“no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso”*.

Así lo ha puesto de manifiesto este Tribunal en los Acuerdos de 46/2013, de 28 de noviembre o 32/2013, de 7 de octubre, 51/2013, de 24 de diciembre, entre otros.

En el caso que nos ocupa, el Ayuntamiento de Pamplona considera que la Mesa de Contratación no ha introducido nuevos subcriterios ni ha modificado los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, sino que lo que ha hecho es concretar un concepto jurídico indeterminado al concretar qué se entiende por *“material de vida media y bajo coste”*. Además, señala que la misma actuó de forma imparcial y conforme al principio de igualdad de trato porque su decisión de limitar el precio máximo de las piezas de reposición se efectuó antes de la apertura de las proposiciones y conforme al criterio emitido en dos informes técnicos.

Y se añade por parte de la entidad adjudicadora, en relación a la reclamación presentada por “CLECE, S.A.” que ofertó asumir el coste de las piezas de repuesto

hasta 100.000 euros, que *“Es de sentido común que si el Pliego establece 400 € como precio base, la oferta relativa al precio de las piezas de reposición, no puede ser ¡250 veces superior!”*

Por ello, la entidad adjudicadora justifica la actuación de la Mesa de Contratación en la necesidad de fijar un tope máximo para definir el concepto de *“bajo coste”* en base al análisis realizado de los históricos de las piezas de reposición durante los últimos años en las instalaciones deportivas objeto del contrato de asistencia licitado, lo que vuelve a redundar en lo ya señalado respecto a la indefinición del criterio de adjudicación, pero además alega también que se trataba de evitar la exclusión de aquellos licitadores que no habían superado el umbral de exclusión establecido en el PCAP (cláusula L4. del cuadro de características), con lo cuál se percibe claramente que se ha tratado de inaplicar una cláusula del PCAP.

En definitiva, frente a todo lo aducido por la entidad adjudicadora, hay que señalar que no es la Mesa de Contratación el órgano competente para completar, modificar o subsanar lo dispuesto en el PCAP, pues dicha función debe ser realizada por el órgano de contratación antes de la aprobación de los PCAP y PPT, quien deberá solicitar a través de la unidad gestora del contrato todos los informes técnicos correspondientes con el fin de que los mismos estén ajustados a la realidad. Todo ello en aras de lograr la claridad que se debe exigir a las cláusulas del PCAP para garantizar la efectividad de los principios de igualdad y transparencia de la contratación pública.

Así lo impone el artículo 45. 2.LFCP al señalar que *“Los pliegos establecerán los criterios de adjudicación del contrato determinando, en su caso, si alguno de ellos es esencial, o si en alguno de ellos existe una puntuación mínima por debajo de la cual se excluye la oferta, todo ello sin perjuicio de la facultad de desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato.*

Artículo 45. 4. *“El pliego de cláusulas administrativas particulares y, en el caso del diálogo competitivo, el documento descriptivo establecerán la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación establecidos, ponderación que podrá expresarse fijando una banda de valores adecuada”.*

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

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

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

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

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

El fundamento de lo dicho se encuentra en el Artículo 45, apartado 4, de la LFCP, cuando dispone que el PCAP establecerá la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación establecidos; en el artículo 58 de la misma

norma, que establece que los servicios técnicos del órgano de contratación o la Mesa de Contratación procederán a la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación debidamente ponderados contenidos en el Pliego; y en el fundamental artículo 21 de la Ley Foral, que obliga a las entidades adjudicadoras a otorgar a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y a actuar con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria.

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

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

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

El Tribunal dice en la misma Sentencia que estas afirmaciones no contradicen la interpretación realizada por el mismo Tribunal en su Sentencia de 24 de noviembre

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

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

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

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

Por tanto, no se discute que pueda ser conveniente para el órgano de contratación ajustar los criterios conforme a los que debe adjudicarse una licitación a las exigencias del interés público. Lo que no resulta admisible es que dicha circunstancia, si es relevante para el órgano de contratación y ha de ser determinante a efectos de decidir la adjudicación, no se recoja expresamente como criterio de valoración, permitiendo su

conocimiento previo por todos los licitadores en condiciones de igualdad y transparencia.

En consecuencia, no estamos en un supuesto en el que la Mesa de Contratación se haya limitado concretar un concepto jurídico indeterminado, como pretende defender el Ayuntamiento de Pamplona, sino ante la modificación de un criterio de adjudicación, produciéndose con ello una vulneración del principio de igualdad y transparencia no sólo por tener en cuenta elementos que las partes no han conocido a la hora de formular sus propuestas sino por conllevar una modificación de las puntuaciones respecto a las que se hubieran obtenido aplicando dicho criterio conforme se contempla en el PACP.

Por lo señalado, sin perjuicio de que la nulidad del criterio de adjudicación, y con ello del procedimiento de contratación, queda ya acreditada por razón de su propia indefinición, resulta también que la aplicación de dicho criterio en la valoración de las ofertas no ha sido conforme a derecho, lo que conlleva a admitir los motivos formulados por las reclamantes en relación al citado criterio de adjudicación.

NOVENO.- La mercantil “GESPORT, S.L.” alega, asimismo, que el criterio de adjudicación sobre el importe que asume el licitador en las piezas consumibles es un elemento propio de la oferta económica y, por tanto, nulo de pleno derecho, con fundamento en el artículo 52.2 LFCP que exige mantener el secreto del precio ofertado por los licitadores hasta la apertura pública del mismo.

A este respecto, procede señalar que, tratándose de la licitación de un contrato de asistencia técnica que tiene por objeto la realización de las labores de portería, socorrismo, mantenimiento y limpieza de complejos deportivos municipales, no queda incluido en dicho objeto el suministro de piezas de reposición.

Por ello, el criterio de adjudicación consistente en “*Oferta sobre el precio de piezas de reposición*” a través del cual la entidad adjudicadora debía valorar el exceso sobre el costo de 400 euros que cada licitador ha ofrecido asumir por pieza de reposición adquirida en cada recambio, introduce una mejora, en este caso de carácter

eminentemente económico toda vez que la baremación debe realizarse sobre la base de ese precio que asume el licitador, por encima de 400 euros, en las piezas de instalaciones y maquinaria que sea preciso reponer.

Pues bien, un análisis de dicha mejora permite evidenciar que el servicio adicional que ofrece el licitador que mejora el precio que asume de las piezas de repuesto, aún no siendo el precio del contrato, podría afectar al coste final del mantenimiento de las instalaciones y, por tanto, al coste total del servicio, por lo que incidiría en la oferta económica, sin ningún género de dudas.

Dicha incidencia económica se infiere de forma más clara, si cabe, cuando se comprueba el peso específico de la mejora sobre el total de la valoración de la oferta técnica, 15/60, mayor en la medida que el número de piezas de recambio a reponer sea más alto, lo que se traduce en la posibilidad de condicionar la adjudicación económica.

De esta manera, el importe que los licitadores ofrecen aportar, sobre el mínimo de 400 euros, en cada pieza de repuesto que sea preciso reponer en la maquinaria e instalaciones, no constituye sino una parte de la oferta económica, de modo que la misma se está anticipando al momento de valoración de la oferta técnica, con infracción del artículo 52.2 LFCP, que establece que *“En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración”*.

En todo caso, la problemática que puede plantear el carácter económico de la mejora que puede ofrecer el licitador se agrava cuando se comprueba que el criterio de adjudicación está configurado sobre la incertidumbre de una prestación accesoria o complementaria, pues no queda acreditada la seguridad de que la reposición de las piezas de recambio que se ofrece vaya a ser real.

En definitiva, a través del referido criterio de adjudicación se están valorando meras hipótesis y así lo viene a reconocer el Ayuntamiento de Pamplona cuando,

respecto a la razón de ser de dicho criterio, informa que *“El criterio sobre las piezas de reposición, se trata de un criterios de carácter técnico en su totalidad. La filosofía de este criterio no es otra que la de conseguir que el licitador que resulte adjudicatario lleve a cabo todas las revisiones y el mantenimiento de los equipos e instalaciones de una manera continuada en el tiempo, exhaustiva y precisa; en otras palabras si el adjudicatario sabe que el coste de la reposición de los accesorios corre de su parte, el mantenimiento y control en el día a día de las instalaciones será más exhaustivo, y de esta manera conseguirá que se estropeen menos accesorios...”*

Prueba de ello es que ni los PCAP ni los PPT reservan a la entidad adjudicadora el control de las reposiciones efectuadas por los adjudicatarios de manera que quede garantizado que el material adquirido por el adjudicatario sea nuevo, y adquirido a precio de coste de mercado y en aplicación de las condiciones que garantizan el principio de libre concurrencia.

Por ello, lo que el órgano de contratación puede haber primado a través de este criterio de adjudicación es la presentación de ofertas con un alto grado de incertidumbre, en detrimento de las empresas cuyas ofertas sean realistas, con la dificultad añadida de comparar ofertas que no podrían ser homogéneas entre si.

Pues bien, a este respecto, debe señalarse que el objetivo que deben perseguir los criterios de adjudicación es, en este caso, la determinación de la oferta más ventajosa, estableciendo al respecto el artículo 51 de la LFCP que

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

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

Por tanto, resulta claro que los criterios de adjudicación deben ser objetivos, lo que significa que, en primer lugar, debe existir cierta conexión con el objeto del contrato en el sentido de referirse a las características de la prestación contractual y, en principio válidos para valorar las ofertas.

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

En este sentido, la SSTJCE de 27 de octubre de 2005 declara inequívocamente la vigencia del principio de adecuación, señalando que el criterio de valoración relativo a la propiedad de las instalaciones de producción de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la provincia en la que se prestasen los correspondientes servicios sanitarios era ilícito por inadecuado para alcanzar la finalidad perseguida ya que *“la proximidad de las instalaciones no garantiza que se logre el objetivo de seguridad del abastecimiento”*.

En este sentido, la Resolución 10/2012, de 4 de mayo de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra señala que *“El reclamante parece entender que en el presente caso se han infringido las normas de concurrencia y transparencia, al entender que la decisión adoptada se ha realizado con infracción de los criterios de adjudicación establecidos en la Estipulación Octava, al habersele concedido la máxima puntuación en el apartado “número de horas ofertadas” al licitador que más número de dichas horas ha ofertado, “con una dedicación en horas que triplica la media del resto de licitadores, lo cual solo puede entenderse como un error de calculo o por no poder efectuar el servicio con eficiencia”, entendiendo el reclamante que dicha oferta debió excluirse por ser “oferta anormalmente alta. Además de no constar en el Condicionado aportado que existiera un limite de horas ofertadas, lo que deriva que precisamente se deba conceder la máxima puntuación al licitador que mayor número de horas oferte, la credibilidad de la proposición o su “ineficacia” solo se podrá comprobar en fase de ejecución del contrato, lo cual escapa*

a la competencia de la Junta, cuyo ámbito objetivo se circunscribe a las fases de licitación y adjudicación, quedando fuera las cuestiones en torno al cumplimiento de los contratos n su ejecución”.

Del De este modo, la utilización de este criterio de adjudicación para valorar las ofertas no sólo vulnera una de las exigencias derivadas del principio de igualdad de trato, por el cual las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas entre sí ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sino, además, la referida exigencia de objetividad. Lle Además, también pueden llegar a menoscabar los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y eficiencia al generar incertidumbre por configurar el mismo como una condición de ejecución del contrato.

DÉCIMO.- GESPORT, S.L” solicita también la declaración de nulidad del criterio de adjudicación nº 2 del PCAP, denominado “*Plan de Actuación*”, por entender que, por su ambigüedad y generalidad, contraviene el artículo 51.1.c) LFCP, que exige que los criterios de adjudicación se determinen de forma precisa, lo que supondría una infracción de los principios de transparencia y publicidad, así como el de igualdad del artículo 21 LFCP.

Dicho motivo lo fundamenta en el hecho de que la Mesa de Contratación, con carácter previo a la apertura de la documentación técnica, estableció unos subcriterios, prueba de que el criterio de adjudicación era genérico y ambiguo, pero, además, una vez efectuada la apertura de la documentación técnica los revocó, lo que considera una infracción del mandato que exige una tratamiento igualitario y no discriminatorio a los contratistas y actuar con transparencia.

El Ayuntamiento de Pamplona, como la mercantil “SEDNA, S.L.,” que se adhiere a las formulaciones de aquél, entiende que ni se ha cambiado el criterio ni se han establecido ponderaciones.

Por el contrario, señala que el criterio de adjudicación nº 2 “Plan de trabajo” exige que las ofertas expliquen todos los aspectos recogidos en el Pliego. Posteriormente, refiere que el acta de la Mesa de Contratación de 25 de noviembre de 2014 acuerda revocar lo dispuesto en la reunión de 17 de noviembre de 2014 respecto a este criterio pero omite las razones que le han llevado a ello. Asimismo, entiende, en alusión al informe del Técnico de Deporte, de 23 de diciembre de 2014, que la valoración se ha realizado conforme al Pliego y, por tanto, se han analizado todos los aspectos de la oferta y se ha asignado a cada una de las oferta la puntuación global.

En el expediente obra acta de la Mesa de Contratación, de fecha 17 de noviembre de 2014, en la que, entre otros, consta el siguiente acuerdo:

“QUINTA.- Indicar que respecto al criterio de adjudicación nº 2 ‘Plan de Trabajo’, el Técnico, aporta a la Mesa documento en el que constan los aspectos que se deben desarrollar en el Plan de Trabajo, según lo recogido en el pliego de prescripciones técnicas, con la puntuación máxima que puede corresponder a cada uno de ellos. La Mesa acepta la propuesta hecha por el Técnico. Se adjunta como Anexo nº 3.”

El mencionado Anexo nº 3 es del siguiente tenor literal:

“Para proceder a la valoración técnica de los planes de trabajo presentados se considera que deben contener, desarrolladas, las materias que a continuación se relacionan y a las que se les asignan las puntuaciones siguientes:

- 1.- Plan de seguridad y servicio de socorrismo..... hasta 1,50 puntos*
- 2.- Plan de mantenimiento preventivo, técnico legal y correctivo de toda la maquinaria y componentes existentes en los dos complejos..... hasta 1,50 puntos*
- 3.- Plan de limpieza, desinfección desinsectación..... hasta 1,50 puntos*
- 4.- Plan de control de los parámetros del agua de los vasos de las piscinas, de la humedad relativa y temperatura del aire, del nivel de cloro ambiental, etc. y plan de calibración de los instrumentos de medida de los diferentes parámetros hasta 1,50 puntos*
- 5.- Plan de control y prevención de la legionelosis..... hasta 1,50 puntos*
- 6.- Plan de preparación y puesta en marcha de las piscinas de verán y de invierno (cada vez después del cierre)..... hasta 0,25 puntos*

7.- Plan de vigilancia para el cumplimiento de uso de las instalaciones hasta 0,25 puntos

8.- Plan de desarrollo de las labores administrativas, atención al público, control de accesos, expedición de abonos y venta diaria de entradas hasta 1,50 puntos

9.- Plan de organización del almacén, acopio de materiales y productos y control de proveedores: hasta 0,25 puntos

10.- Plan de evaluación: hasta 0,25 puntos”

“SEXTA.- A continuación se ha procedido a la apertura de la documentación técnica (sobre nº 2) presentada por los licitadores que han sido admitidos a la presente licitación.

Finalmente, la Mesa acuerda proceder al análisis de la documentación técnica presentada por las empresas admitidas a la presente licitación, según los criterios indicados en la letra L.1 del cuadro de características que rige el presente contrato.”

En dicha documentación se comprueba que las ofertas presentadas por los licitadores que han superado los umbrales de eliminación en relación con el criterio de adjudicación L.1. 3º ‘Oferta sobre el precio de piezas de reposición’ son las siguientes:

- “CLECE, S.A.” 100.000 euros/pieza
- “GESTPORT, GESTIÓN DEPORTIVA” 2.200 EUROS/PIEZA
- “SEDENA, S.L.” 30.268,15 euros/pieza

Posteriormente la Mesa de Contratación en su reunión de fecha 23 de noviembre de 2014, adopta, entre otros, el siguiente acuerdo:

“En relación a lo acordado en la cláusula sexta del anterior acta y a los criterios en ella añadidos, la Mesa acuerda revocar dicha decisión. Así la Mesa acuerda valorar el criterio de adjudicación nº 2 “Plan de trabajo” atendiendo al tenor literal de dicho criterio recogido en la letra L.1, y valorar y someter los contenidos de dicho criterio exclusivamente al juicio del técnico de deporte.”

A la vista de lo expuesto, procede dilucidar si la actuación de la Mesa de Contratación ha vulnerado el PCAP y excede del ámbito propio de la discrecionalidad

técnica, por existir discordancia entre los criterios de valoración de las ofertas recogidos en el PCAP y los criterios de valoración empleados en el informe técnico asumido por la misma. Todo ello, teniendo en consideración las razones que le pudieron llevar a asumir inicialmente dicho informe técnico de valoración, que contenía criterios o subcriterios de valoración distintos de los recogidos en el PCAP, para después revocar su criterio sin dejar constancia del fundamento de su modificación.

La entidad adjudicadora, en definitiva, ha negado que el informe del técnico estableciera inicialmente subapartados y criterios nuevos, entendiendo que sólo se había efectuado un desglose técnico. Sin embargo, deja de explicar por qué dicho desglose se dejó sin efecto posteriormente y entonces se hizo una nueva valoración, por el mismo técnico, en base a los criterios señalados en el PACP, pero en todo caso, parece ser, diferentes a los primeros.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ha elaborado una reiterada doctrina contraria al establecimiento y aplicación en las licitaciones públicas de criterios de valoración o coeficientes de ponderación no previstos en los Pliegos:

Así, en su Resolución 900/2014, de 5 de diciembre de 2014 señala que:

“Como este Tribunal ha señalado en anteriores ocasiones (Resoluciones 389/2014, de 19 de mayo, 87/2011, de 23 de marzo, ó 212/2013, de 5 de junio), el objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los Pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Por ello, los criterios de valoración y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los Pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas”.

Pues bien, en este caso el PCAP contenía únicamente los criterios de adjudicación, sin determinar ni subcriterios de valoración ni coeficientes de

ponderación, procediendo la Mesa de Contratación, a través del Técnico correspondiente, a determinar tanto unos como otros, con posterioridad a la presentación de ofertas, lo que incrementaba la inseguridad jurídica, por quedar a la entera libertad de la Administración contratante la asignación de puntuaciones.

Sin embargo, la Mesa de Contratación, con posterioridad a la apertura de las ofertas de los licitadores, es decir, una vez conocidas las puntuaciones que los mismos hubieran alcanzado, revoca dichos subcriterios de valoración y coeficientes de ponderación para volver a asumir la nueva valoración realizada por el mismo Técnico, según dice, respetando los criterios de adjudicación del PCAP, y, por tanto, sin motivación alguna tanto de las razones del cambio de criterio como de la forma que se ha realizado la valoración técnica de las ofertas de los licitadores.

A este respecto, este Tribunal en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre y 4/2014, de 17 de febrero) ha puesto de manifiesto que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Y es que, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994 : *"lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita"*.

El mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 lo siguiente: *"con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones*

de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE".

Asimismo, el artículo 54.1 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, señala que *"Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: .c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos"*.

Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción, razones que, por otra parte, si bien no han sido explicitadas, deben ser, necesariamente relacionadas con el hecho de que el cambio de criterio de la Mesa de Contratación se ha efectuado tras ser abiertas las ofertas de los licitadores y, en definitiva, haber tenido acceso a las puntuaciones finales otorgadas, lo que ha supuesto una flagrante vulneración de los principios de igualdad y no discriminación.

La consecuencia derivada de las circunstancias constatadas conlleva la necesidad de estimar este motivo y declarar la nulidad de pleno derecho de la adjudicación y del procedimiento de contratación.

DÉCIMOPRIMERO.- La mercantil "GESPORT, S.L. alega, igualmente, que cuatro de los criterios de adjudicación (Letra L, número 1, apartados 2º,3º,4º y 5º del cuadro de características) han sido valorados o evaluados inicialmente por un miembro de la propia Mesa de Contratación o por personas u órganos ajenos, sin constar encargo alguno de la misma, aduciendo que con ello se ha vulnerado el principio de transparencia al no garantizarse la ausencia de riesgo de favoritismo o arbitrariedad.

La entidad adjudicadora aduce en contra que la emisión de informes por los técnicos se encuentra amparada en el artículo 61.3 LFCP, pronunciándose de la misma manera la adjudicataria.

Efectivamente, el artículo 61.3 LFCP establece que *“La Mesa de Contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato”*.

Dicho precepto es coincidente con el artículo 81 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, 30/1992, de 26 de noviembre, que establece que *“A efectos de la resolución del procedimiento se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos”*.

Por tanto, las mesas de contratación son órganos colegiados que pueden auxiliarse con informes externos, máximo si se solicitan, para asegurar su objetividad, a técnicos de la propia administración contratante.

Ahora bien, dicha facultad que tienen las mesas de contratación debe ser coherente con el resto de requisitos que se les exige, en cuanto órganos colegiados, en su actuación, entre los que se incluyen el deber de motivar su decisión, no debiendo limitarse a remitir la fundamentación a lo dispuesto en esos informes.

Por tanto, lo relevante es determinar el fundamento de tal auxilio y la motivación de las decisiones que adopte consecuencia de los informes técnicos que asume como propios

Examinados los antecedentes del caso de autos, se verifica que, aún no constando que la propia Mesa considerase y solicitase tal auxilio externo a la misma, en ninguno de los casos se ha motivado la razón de las decisiones que han sido adoptadas, particularmente en lo que respecta a la asunción de informes técnicos que modifican

criterios de adjudicación establecidos en el PCAP o establecen subcriterios de valoración y coeficientes de ponderación no contemplados, caso de los criterios de adjudicación nº 2 y 3.

A estos efectos, resulta particularmente reseñable resulta el hecho de que, tal como consta en las actas que obran al expediente de contratación, fuera un técnico ajeno a la Mesa de Contratación el que propusiera la necesidad de establecer un límite máximo no contemplado en el PCAP, respecto del criterio de adjudicación nº 2, sin que la Mesa fundamentara la aceptación de tal criterio. Y también resulta llamativo que fuera un técnico externo al órgano de valoración el que determinara el establecimiento de subcriterios y coeficientes de ponderación no previstos en el PCAP, sin que la Mesa de Contratación motivara por qué, después de asumirlos inicialmente, los deja sin efecto tras abrir los sobres correspondientes a la oferta técnica de los licitadores para luego aceptar una nueva valoración realizada por el mismo Técnico.

En definitiva, la ausencia de motivación de las decisiones de la Mesa de Contratación en lo que se refiere a los criterios establecidos por los Técnicos en los informes que ha asumido como propios evidencia, tal como ha señalado la reclamante, la existencia de razones suficientes para estimar el motivo de impugnación por el que nuevamente queda acreditada la vulneración del principio de transparencia de la contratación.

DÉCIMOSEGUNDO.- Finalmente, procede examinar la pretensión, ejercida por de “GESPORT, S.L.”, de anulación de la adjudicación vinculada al hecho, resultante del expediente y destacado por la reclamante, de que no le fuera facilitado en el trámite de exhibición del expediente, acceso a la totalidad del mismo sino solamente parte del sobre técnico de la adjudicataria, al haber declarado la adjudicataria del contrato, “SEDENA, S.L.” la confidencialidad de La mayor parte de su oferta técnica.

Este motivo, habiéndose formulado por la reclamante con carácter previo a los demás ya analizados, correspondía resolverlo con carácter posterior dado que debe ser resuelto en términos de indefensión, de modo que si el acceso que ha tenido al

expediente no hubiera impedido ni limitado el ejercicio de su derecho de defensa, la alegación no podría ser admitida.

El Ayuntamiento de Pamplona niega la existencia de indefensión porque aduce que “SEDENA, S.L” no nombró confidencial toda la oferta técnica sino únicamente el “Plan de Trabajo y el Programa de Ahorro Energético” y, además, dicha adjudicataria ha motivado de forma razonada por qué ha declarado confidencial parte de la oferta, invocando métodos de organización y estrategia empresarial.

“SEDENA, S.L.” entiende, asimismo, que no se han infringido las normas de transparencia en cuanto a la confidencialidad de su oferta porque la misma responde a la forma y métodos de organización de su compañía y a su estrategia empresarial como elemento diferenciador.

Por otra parte, consultando la declaración de confidencialidad de la oferta que realizó la propia reclamante, se constata que la misma afectó al programa de ahorro energético en su totalidad y a la telegestión on line –mantenimiento integral vía Internet, entendiendo que dichos apartados comportaban una ventaja competitiva para la empresa y un valor estratégico para la compañía, así como a su competencia en el mercado. Es decir, razones muy similares a las esgrimidas por la entidad adjudicataria.

Pues bien, resultando patente que la declaración de confidencialidad no afectó a la totalidad de la oferta técnica de la adjudicataria, que las razones que motivaron dicha declaración son paralelas a las que ofreció la propia reclamante para la declaración de su oferta y que el acceso a la parte del expediente de contratación examinado por la reclamante no le ha impedido la interposición de una reclamación fundada en derecho, no puede afirmarse que la falta de acceso al expediente de contratación completo haya causado indefensión a la reclamante, impidiéndole la adecuada fundamentación de su reclamación. Por consiguiente, este Tribunal estima que no concurre el motivo de nulidad alegado.

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

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

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

No obstante, también se señala en el mismo Acuerdo que cualquier otra argumentación sobre la irregularidad de las cláusulas del Pliego, *“hubiera requerido la*

impugnación de los mismos, siendo improcedente en este momento que los recurrentes aleguen la incorrección de alguna de sus cláusulas, en tanto en ninguna de ellas se aprecia un vicio de nulidad que justifique la eventual revisión del Pliego por este Tribunal”.

Habida cuenta de lo señalado, la estimación de los motivos formulados por las reclamantes, que denuncian la infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores, así como del principio de transparencia, en la determinación y aplicación de los criterios de adjudicación n° 2 y 3 del PCAP son determinantes de un vicio de nulidad de pleno derecho en base al artículo 21 LFCP y art. 62 LRJPAC del acto administrativo impugnado.

Por todo ello, procede declarar la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona de 15 de enero de 2015, por el que se adjudica el contrato de asistencia técnica de las labores de portería, socorrismo, mantenimiento y limpieza de la ciudad deportiva de San Jorge (Aquavox) y el complejo deportivo Aranzadi durante el año 2015, si bien no con las consecuencias pretendidas por la mercantil “CLECE, S.A” porque la expresa declaración de nulidad de la adjudicación no puede conllevar la retroacción de las actuaciones por cuanto que, al haberse abierto el sobre de las oferta económicas de de las empresas licitadoras, ello vulneraría el secreto de las proposiciones (entre otras, Resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales 32/2011, de 4 de mayo, 166/2013, de 8 de mayo, 467/2013, de 23 de octubre, ó 590/2013, de 4 de diciembre).

Por el contrario, en el caso de la reclamación formulada por la mercantil “GESPORT, S.L.”, aún no habiéndosele admitido la totalidad de los motivos aducidos como fundamentado su impugnación, los estimados conllevan necesariamente la pretensión deducida de declarar la nulidad de los PCAP y de todo el procedimiento de contratación.

En base a todo lo expuesto, procede declarar la nulidad de pleno derecho del PCAP que rigen la contratación y de todo el procedimiento de contratación, sin posibilidad de convalidación alguna.

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

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente las reclamaciones interpuestas en materia de contratación pública por don J.M.G.V., en representación de “CLECE, S.A.” y por doña R.F., en nombre de GESPORT, S.L.” frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona de 15 de enero de 2015, por el que se adjudica el contrato de asistencia técnica de las labores de portería, socorrismo, mantenimiento y limpieza de la ciudad deportiva de San Jorge (Aquavox) y el complejo deportivo Aranzadi durante el año 2015, declarando la nulidad de todo el procedimiento de contratación.

2º.- Notificar este acuerdo a las reclamantes, al Ayuntamiento de Pamplona y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica 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, 6 de marzo de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer LA VOCAL, Ana Román Puerta.