



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -1º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 78
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expte.: R-23/2015

ACUERDO 23 /2015, de 27 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estiman las reclamaciones en materia de contratación pública interpuestas por las mercantiles “PREMAP, SEGURIDAD Y SALUD, S.L.U.” y “NORTE SALUD, S.L.” frente a la decisión de adjudicación del Acuerdo Marco para la prestación del “Servicio de Prevención Ajeno (SPA) de riesgos laborales de Corporación Pública Empresarial de Navarra y sus sociedades dependientes” promovido por la “CORPORACIÓN PÚBLICA EMPRESARIAL DE NAVARRA, S.L.U. (CPEN)”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de noviembre de 2014 se remitió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación del Acuerdo Marco para la prestación del “Servicio de Prevención Ajeno (SPA) de riesgos laborales de Corporación Pública Empresarial de Navarra y sus sociedades dependientes” que fue publicado en el número S-232 con fecha 2 de diciembre de 2014. Dicho anuncio fue publicado igualmente en el Portal de Contratación con fecha 28 de noviembre de 2014.

Con fecha 11 de febrero de 2015 se notifica a los licitadores la adjudicación del Acuerdo Marco a la mercantil “Prevenna, S.L.”

SEGUNDO.- Con fecha 20 de febrero de 2015, don J.G.R.R., en nombre y representación de “Premap, Seguridad y Salud, S.L.U.”, interpone reclamación en materia de contratación pública contra la adjudicación del Acuerdo Marco para la

prestación del “Servicio de Prevención Ajeno (SPA) de riesgos laborales de Corporación Pública Empresarial de Navarra y sus sociedades dependientes”. Igualmente, en dicha fecha, don J.I.G. presenta, en nombre y representación de “Norte Salud, S.L.” reclamación en materia de contratación pública contra dicha adjudicación. Ambas reclamaciones son acumuladas por Acuerdo 17/2015, de 4 de marzo, de este Tribunal.

TERCERO.- La mercantil “Premap, Seguridad y Salud, S.L.U.”, fundamenta su reclamación en las siguientes alegaciones que se exponen en síntesis:

a) La adjudicación está carente de motivación ya que no se cumple lo dispuesto en el artículo 92.5 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, (LFCP). El acto de adjudicación se limita a indicar que “Premap, Seguridad y Salud, S.L.U.” no ha resultado adjudicataria pero no se hace referencia a los motivos de ello ni a las características o ventajas de la oferta seleccionada. Considera que es una omisión grave, puesto que se le impide argumentar con las suficientes garantías cara a un ulterior recurso, lo que genera indefensión.

b) Que no se ha valorado correctamente su oferta ya que en el apartado de mejoras realizó una oferta de 43 cursos de formación *on line* que no fueron valorados. Interrogada CPEN por vía de correo electrónico, la entidad adjudicataria le remite un correo electrónico señalando que solo han sido objeto de valoración los cursos presenciales o semipresenciales, lo que considera una acción arbitraria ya que en la condición veinte de los pliegos administrativos particulares constaba la posibilidad de cursos de formación *on line*.

Por todo ello, solicita que se declare la existencia de falta de motivación en la adjudicación y se revoque el acto de adjudicación de fecha 11 de febrero de 2015 y se valore la oferta de cursos de formación *on line* que presentó.

CUARTO.- La mercantil “Norte Salud, S.L.” fundamenta su reclamación en las siguientes alegaciones que se exponen en síntesis:

a) Existe un grave error en la valoración del apartado “*Herramienta para la gestión de la documentación en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales*” donde su oferta ha sido valorada con 0 puntos sobre un máximo de 5 puntos.

Solicitada una aclaración, CPEN a través del correo electrónico, justifica la puntuación de este modo:

“De la documentación presentada en su oferta técnica, y en concreto del apartado v.3 que figura en la página 29, una vez analizado tanto el contenido de la misma como la herramienta que figura en ella, se concluye que la misma no es una herramienta informática de gestión documental en el ámbito de la coordinación de actividades empresariales, tal y como se contempla en la estipulación 18 de las Condiciones Regulatorias, por lo que en aplicación de los criterios de adjudicación que se recogen en la estipulación 20 del mismo documento, le ha sido otorgada una valoración de cero puntos.”

Considera que la herramienta ofertada es una herramienta específica que se genera en el ámbito de la coordinación, con el compromiso de configurarla como tal y de formar a las empresas designadas para su utilización. En ningún punto de las condiciones reguladoras exige que la herramienta deba ser exclusiva para la coordinación de actividades empresariales. Si la intención de CPEN era la de exigir una herramienta específica y al no indicarlo de forma expresa, ha generado un error en todos los licitadores que no han ofertado una herramienta de esas características originando una situación de desigualdad con otros licitadores que si lo han hecho. Considera que un error de tales características, como consecuencia de una falta de claridad de las condiciones reguladoras, debería dar lugar a la supresión de dicha exigencia y, en consecuencia, la no valoración de los puntos en este apartado o subsidiariamente admitir todas la ofertas que presenten una herramienta de gestión documental configurable.

b) Considera que no resulta coherente la puntuación que le otorgan a su oferta en lo referido en cuanto al Plan de Contingencia, por cuanto ha obtenido más valoración que la empresa adjudicataria en los apartados Acciones en el área técnica, Acciones en el área de vigilancia de la Salud y Acciones formativas. Si a “Norte Salud, S.L.” se la

considera más capacitada para esas funciones no entiende por qué en el caso de ampliación de esos medios no podría atender las contingencias que se produzcan de modo igualmente satisfactorio.

c) Considera que la valoración de su sistema de citación, frente al sistema telemático que otros han ofertado, está ampliamente experimentado tanto en la propia CPEN como en otras muchas empresas y es el usual, con determinadas variables, en la mayoría de los Servicios de Prevención. Entiende que es difícil justificar una diferencia apoyada en criterios técnicos de más del doble de la puntuación.

En consecuencia solicita que se declare la nulidad de la adjudicación, que se declare nula la exigencia de la herramienta de gestión CAE del apartado v.3) de las condiciones reguladoras de la licitación y, por tanto, no se tenga en cuenta a ninguno de los licitadores la puntuación que resulte de dicho apartado y subsidiariamente, de no atenderse la petición de anulación el apartado v.3) de las condiciones reguladoras, se otorgue a su oferta la máxima puntuación en los apartados Plan de Contingencia (ii), Gestión de citaciones y atención (iii.2.) y Herramienta de gestión CAE.

Mediante otrosí solicita recibimiento a prueba mediante la declaración del técnico comercial de la empresa Dinafax, distribuidora en Navarra de los productos Kyocera.

QUINTO.- Con fecha 25 de febrero de 2015 CPEN presenta sus alegaciones frente a las reclamaciones presentadas, que se transcriben en síntesis:

a) Frente a lo argumentado por “Premap, Seguridad y Salud, S.L.U.” de que se ha incumplido el artículo 92.5 LFCP, señala que dicho precepto es aplicable exclusivamente a las Administraciones Públicas y que el precepto que resulta de aplicación es el artículo 200.2 LFCP que se ha cumplido rigurosamente en todos sus extremos.

b) Respecto a la no valoración de los cursos de formación *on line* ofertados por “Premap, Seguridad y Salud, S.L.U.” señala que la reclamación ha obviado lo dispuesto en el párrafo penúltimo del apartado 20.2 de las condiciones reguladoras cuyo contenido literal establece: “*En cada curso ofertado, si la propuesta no incluye todos los datos solicitados según el apartado 18, v.2, no será considerado a efectos de valoración.*”. Por tanto, una oferta con un contenido exclusivamente *on line* no puede ser valorada.

c) Respecto a la valoración hecha a la oferta de “Norte Salud, S.L.” sobre la herramienta de informática de gestión documental en el ámbito de la coordinación de actividades empresariales, se remite a la aclaración formulada en su día. Asimismo señala que en el catálogo comercial oficial la aplicación es definida como “*solución de gestión documental diseñada para que las empresas almacenen de manera ordenada todos sus documentos.*” Por ello, deben tenerse en cuenta que los requerimientos y necesidades establecidos por la legislación vigente para dar cumplimiento a la coordinación de actividades empresariales excede de lo que es un mero almacenamiento de documentos, que en el mercado existen multitud de herramientas de software diseñadas y dirigidas para cubrir las necesidades propias de este ámbito. Por último, no existe una sola referencia en el catálogo comercial al uso de la aplicación para coordinación de actividades empresariales.

A mayor abundamiento, “Norte Salud, S.L.” reconoce en su escrito que no se trata de una herramienta específica para la documentación que se genera en la coordinación. Por último, señala que los demás licitadores si han ofrecido una herramienta informática en el ámbito de la coordinación de actividades empresariales.

d) Respecto a las alegaciones de las dos reclamaciones que se basan en supuestos errores en la valoración técnica de sus ofertas, señala que este Tribunal en sus Acuerdos 8/2014, de 10 de marzo y 49/2014, de diciembre, ha ratificado la doctrina legal de la existencia de discrecionalidad técnica en la valoración que efectúan las Mesas de Contratación y, aunque reconoce que la existencia de Mesas de Contratación es algo propio de las Administraciones Públicas, considera que esa discrecionalidad

técnica es extensible a la valoración de las ofertas por parte de las sociedades públicas. Señala que en dichos Acuerdos se concluye lo siguiente:

“[...] la aplicación de los criterios de adjudicación, conforme a las reglas de la ciencia o la técnica, no es susceptible de impugnación salvo los casos de error patente o irracionalidad en su aplicación, [...]”

En consecuencia solicita la inadmisión de las dos reclamaciones.

SEXTO.- Solicitadas alegaciones a los restantes licitadores, con fecha 9 de marzo de 2015 comparece “Prevención Navarra Sociedad de Prevención de Mutua Navarra S.L. (PREVENNA)” que presenta las siguientes alegaciones frente a la reclamación presentada por la mercantil “Norte Salud, S.L.”:

a) Con carácter previo señala que este Tribunal tiene una función esencialmente revisora no siendo competencia del mismo sustituir la decisión del órgano de contratación sino verificar la legalidad de la adjudicación.

b) Que aunque “Norte Salud, S.L.” considera que su oferta ha sido valorada incorrectamente en tres apartados señala que este Tribunal ha considerado que es de aplicación la doctrina de la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas, con cita del Acuerdo de este Tribunal 49/2014, de 1 de diciembre. Señala que admitir los argumentos de la reclamante sería tanto como sustituir el criterio del equipo de valoración, al que se le presume imparcialidad, por el de la reclamante.

c) Respecto a la no valoración de la herramienta informática ofertada por “Norte Salud, S.L.”, señala que el cumplimiento de las normativas de Coordinación de Actividades Empresariales (CAE) conlleva grandes dificultades para todas las empresas. Las exigencias normativas y, de otro lado, el funcionamiento real de las empresas respecto a la subcontratación y externalización de trabajos establecen unos condicionantes que dificultan la gestión documental derivada de la CAE y que han dado lugar al nacimiento de herramientas informáticas específicas para la materia que deben cubrir las siguientes necesidades:

- La diferencia de obligaciones en función del papel que asuma la empresa (empresario principal, titular, autónomo, empresa concurrente) y de la actividad que desarrolla (la misma o distinta actividad) obliga a establecer requisitos distintos que derivan en documentos diferentes. La correcta gestión de esas diferencias requiere un modelo específico en la herramienta informática.

- Las diferencias de requisitos no sólo deben contemplarse por empresa sino que también pueden darse en cada proyecto o incluso según el tipo de trabajador. Por ejemplo, una empresa usuaria puede solicitar una información diferente para cada trabajador que accede a las instalaciones, ya que uno de los trabajadores sea el recurso preventivo y tenga que aportar el justificante de formación de nivel básico y el justificante de su nombramiento. Por otro lado, una de las empresas de CPEN puede tener dos centros de trabajo con diferentes riesgos, cuya limpieza por parte de una empresa requeriría establecer requisitos diferentes por cada centro de trabajo. Una herramienta de gestión documental CAE debe tener en cuenta todos estos condicionantes.

- Los objetivos de coordinación establecidos por el art. 3 del RD 171/2004, que desarrolla el art. 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, van más allá del mero intercambio de documentos lo que tienen en cuenta las herramientas informáticas. Las responsabilidades que pueden derivarse y la diversidad de empresas que pueden verse involucradas condicionan en gran medida el diseño de estas herramientas de gestión documental, ya que es muy importante garantizar la trazabilidad de cada uno de los documentos.

- La gestión de los trabajos de subcontratación involucra a gran número de personas y para garantizar que se cumple con los objetivos reales de la CAE es importante que todas las personas involucradas participen de las correspondientes obligaciones preventivas, aunque cada persona deberá hacerlo en función del rol que asume.

d) La herramienta informática ofertada por “Norte Salud, S.L.” no es una herramienta apropiada para la gestión documental CAE:

- Es una herramienta genérica que no tiene en cuenta las peculiaridades de las actividades empresariales señaladas anteriormente.

- No permite la realización del flujo de comunicación, verificación y control necesario en CAE.

- Facilita el archivo documental pero no la gestión del documento: validación, seguimiento del estado del documento, control, estadísticas, etc.

- No está diseñada para asignar ni diferenciar requisitos específicos en función de las empresas y de las exigencias legales o de procedimiento que correspondan.

- No esta diseñada para diferenciar los diversos roles en base a las funciones establecidas en cada organización.

e) Respecto a la consideración que hace “Norte Salud, S.L.” de que se debería haber señalado en los pliegos la exigencia de una herramienta específica recuerda la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato y no pueden ser impugnados una vez que son firmes. Por otro lado señala que si se admitiera la reclamación en este punto se estaría tratando de forma discriminatoria al resto de los licitadores que han obtenido 5 puntos al presentar herramientas específicas.

En consecuencia, solicita la inadmisión de la reclamación presentada por “Norte Salud, S.L.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-“CORPORACIÓN PÚBLICA EMPRESARIAL DE NAVARRA, SLU” (en adelante, “CPEN”), entidad contratante, es una entidad sometida a las disposiciones de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante

LFCP), conforme a lo previsto en el artículo 2.1.e), en relación a las disposiciones contenidas en el Libro II, por lo que las decisiones que adopte la citada entidad 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 los artículos 184 y 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- El artículo 210 de la LFCP establece que la reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales e interesados en la licitación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas.

En este caso, la reclamación ha sido interpuesta por personas legitimadas en cuanto que las reclamantes son personas que han visto perjudicadas sus expectativas como licitadoras.

TERCERO.- La interposición de las reclamaciones se ha producido dentro del plazo legal de 10 días naturales previsto en el artículo 210.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- Las reclamaciones formuladas se fundamentan en la vulneración de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- Las cuestiones de fondo planteadas en las reclamaciones interpuestas son tres:

En primer lugar, si la decisión de adjudicación notificada a las licitadoras carece de la motivación necesaria. En segundo lugar, si la valoración realizada por la entidad adjudicadora fue correcta en relación a las Mejoras. En tercer lugar, si concurre causa de nulidad en alguno de los criterios de adjudicación y, por tanto, de la decisión de adjudicación.

La mercantil “PREMAP” estima que la decisión de adjudicación impugnada no está suficientemente motivada y que la entidad adjudicadora no se ajusta a lo establecido en las condiciones reguladoras del contrato respecto del criterio denominado “Mejora en los cursos de formación”.

Por su parte, “NORTE DE SALUD, S.L.” entiende que concurre una causa de nulidad en el criterios denominado *“Herramienta para la gestión de la documentación en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales*, lo que conllevaría la nulidad de la decisión de adjudicación dictada por “CPEN” y, subsidiariamente, para el caso de no ser estimada la nulidad reclamada, se solicita que se aprecie que la valoración realizada por la entidad adjudicadora no ha sido correcta en los criterios “Mejora del Plan de Contingencia”, Mejora de Gestión de citas y atención” y “Mejora de Herramienta gestión CAE”.

Por otra parte, procede señalar que habiendo solicitado ambas reclamantes, al amparo de lo establecido en el art. 210.5 LFCP, la práctica de prueba documental y testifical, respectivamente, si bien la procedencia o improcedencia de la misma estaría orientada, en principio, a la determinación de si la valoración de los criterios de adjudicación se ha ajustado a los PCAP, toda decisión sobre su admisión debe estar supeditada al previo examen del motivo de nulidad alegado, que por orden lógico le debe preceder, de modo que únicamente en el caso de que se impusiera su desestimación, procedería manifestarse sobre aquella.

SEXTO.- La mercantil “PREMAP” plantea como primer motivo de impugnación la infracción del artículo 92.5 LFCP por ausencia de motivación de la decisión de adjudicación recurrida.

Así, esta reclamante considera que el acto de adjudicación de 11 de febrero de 2015 se limita a indicar que la misma no ha resultado adjudicataria sin hacer referencia a los motivos de ello ni a las características o ventajas de la oferta seleccionada, lo que

le ha causado indefensión en aras a poder argumentar con las suficientes garantías su defensa en un recurso.

La entidad contratante opone que el artículo 92.5 LFCP no resulta de aplicación en este caso porque se circunscribe a los contratos de las Administraciones Públicas, por lo que hay que remitirse a su libro II, que regula los contratos de las personas o entidades a que refieren las letras e) y f) del artículo 2.1, lo que conduce a la aplicación del artículo 200.3 LFCP que señala que *”Adoptada la decisión de adjudicación, en el plazo de 15 días se enviará a los licitadores una comunicación que deberá contener una exposición sucinta de las características y ventajas de la oferta seleccionada así como el nombre del adjudicatario o de las empresas seleccionadas para el Acuerdo marco, con indicación de la fecha de término del período de suspensión señalado en el apartado anterior y los datos necesarios para una eventual interposición de una reclamación en materia de contratación pública. En el caso aquellos licitadores que hubieran sido inadmitidos, se incluirá además en dicha comunicación, las causas de la misma”*.

Tal como señala “CPEN”, y así consta en el expediente, la entidad contratante remitió a los licitadores que no resultaron seleccionados en el acuerdo marco un correo del siguiente tenor:

"Buenas tardes,

En relación al Acuerdo Marco para la selección y adjudicación del Servicio de Prevención Ajeno (SPA) de Riesgos Laborales de la Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U. (CPEN) y sus Sociedades Dependientes Adheridas, una vez realizada la apertura pública del Sobre N° 3 (Proposición Económica) de la oferta presentada por su parte y llevado a cabo el procedimiento establecido en la estipulación 21 de las Condiciones Regulatoras, se le comunica que NO ha resultado adjudicataria.

En cumplimiento del artículo 200.3 de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, según redacción dada por la Ley Foral 3/2013, se le informa:

“Que del procedimiento para la adjudicación del contrato citado, y en aplicación de las Condiciones Regulatoras que han regido el mismo, resultó adjudicataria del contrato la entidad PREVENNA, S.L. - Que, en relación a las características y ventajas de la oferta que ha resultado adjudicataria, teniendo en cuenta los criterios de adjudicación determinados en las Condiciones Regulatoras, la oferta presentada por la entidad PREVENNA, S.L. ha sido la más ventajosa, al haber obtenido la mayor puntuación. A estos efectos se adjunta a la presente comunicación, anexo con las valoraciones de la entidad adjudicataria en aplicación de los criterios de adjudicación reflejados en las Condiciones Regulatoras. - Que la fecha de finalización del plazo de suspensión de los efectos de la decisión de adjudicación del contrato, teniendo en cuenta los plazos dispuestos en el artículo 200.2 de la Ley Foral 6/2006, es el próximo 26 de febrero de 2015. - Que en los artículos 210 y siguientes de la Ley Foral 6/2006 se regulan las reclamaciones en materia de contratación pública.

Sin otro particular, y agradecidos por el interés mostrado por su parte, reciba un cordial saludo.”

Junto con el señalado correo electrónico, la entidad contratante señala que adjuntó *“un documento que contenía las valoraciones obtenidas por el adjudicatario en aplicación de los criterios de adjudicación que servían para demostrar las características y ventajas de su oferta”*.

Pues bien, en el ámbito de la contratación, la Sentencia de 16 de diciembre de 2004, recurso de casación 5766/2000, Sección cuarta, en su FJ Sexto ha recalcado que no cabe confundir la discrecionalidad de que pueda gozar la administración en la fijación de la baremación de los criterios que constituyen las normas del concurso frente a la ausencia de discrecionalidad en la asignación de la puntuación con arreglo a los distintos criterios prefijados en el pliego porque la discrecionalidad juega con anterioridad a la adjudicación al decidir cuáles son los criterios objetivos más significativos conforme a la reglas que imperan en la contratación pública: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa. Y esta discrecionalidad, para ser controlada jurisdiccionalmente y respetar la interdicción de la arbitrariedad, exige la oportuna motivación.

En este sentido, el FJ 5º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2014 señala que *“Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirantes, a la concreta puntuación y calificación aplicada”*.

A este respecto, este Tribunal, en Acuerdo 38/2014, de 14 de agosto, ha manifestado que *“siendo doctrina reiterada, como se indica en el Acuerdo 39/2014, de 4 de julio de 2014 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón “que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. No obstante, aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, se da cumplimiento a la exigencia de los artículos 54.2 y 58 de la LRJPAC, siempre que la misma apareciere suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.”*

(...) En este sentido, conforme a lo previsto en el artículo 61 de la LFCP, es función de la Mesa de Contratación la valoración de la oferta técnica en los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea la oferta más ventajosa y elevar la propuesta de adjudicación al órgano de contratación en la que figurarán el orden de prelación de los licitadores que han formulado una propuesta admisible, con las puntuaciones que han obtenido, pero valorar la oferta no puede consistir únicamente en atribuir una puntuación numérica a la misma ya que si así fuera la Ley Foral hubiera establecido como función de la Mesa “puntuar” las ofertas y no valorarlas, como hace. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 se expresa en los siguientes términos:

“Ahora bien, la mera expresión numérica -legalmente irreprochable- es totalmente insuficiente para conocer si los criterios de valoración han sido

correctamente apreciados ... Esa explicitación de la ponderación, además de ir encaminada a ilustrar al órgano decisor respecto de la forma en la que la Mesa - órgano de carácter técnico que auxilia al órgano de contratación- ha aplicado los criterios valorativos reflejados en el Pliego, elemento de juicio necesario para valorar la pertinencia de la Propuesta "in genere" y, consiguientemente, asumirla o rechazarla, constituye también la motivación de la Resolución decisoria del concurso cuando asume dicha Propuesta.

Motivación que, además y en caso de impugnación, permitirá al órgano jurisdiccional valorar si los parámetros interpretativos aplicados por la Mesa se ajustan a los criterios de valoración establecidos en el Pliego (en este caso en la cláusula décimo tercera), posibilitando una revisión global de dicha actuación.

Esta ponderación de los criterios valorativos del Pliego -que ha de acompañar a la Propuesta- resulta imprescindible, aún más, en supuestos como el de autos donde algunos de los criterios de valoración establecidos en la cláusula décimo tercera del Pliego permiten interpretaciones diversas, indiferentes jurídicamente en muchos casos, y ello porque aún cuando la elección entre esos posibles indiferentes jurídicos corresponda a la Administración -elección que quedará extramuros de la revisión jurisdiccional, salvo que resulte arbitraria o notoriamente errónea-, el control jurisdiccional encaminado a excluir todo atisbo de arbitrariedad o error manifiesto en la decisión impugnada ha de operar necesariamente sobre esa "ponderación de criterios indicados en los Pliegos", motivación mínima imprescindible, justificativa de la baremación numérica, con la que el Legislador trata de garantizar ese control jurisdiccional."

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2013, en el asunto T-165/12, un caso similar al que ahora enjuiciamos, afirma que el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto. Este principio de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora que dispone de una

amplia facultad de apreciación respecto de los elementos que hay que tener en cuenta para decidir adjudicar un contrato tras una licitación. El control jurisdiccional que se aplica al ejercicio de dicha facultad de apreciación se limita a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, así como a controlar la exactitud material de los hechos y la inexistencia de error de Derecho, de error manifiesto al apreciar los hechos o de desviación de poder (sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión, T-148/04, Rec. p. II-2627, apartado 47; véase, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1978, Agence européenne d'intérim/Comisión, 56/77, Rec. p. 2215, apartado 20).

Aplicando estos principios el Tribunal General estima que en ese caso las puntuaciones que figuraban en el cuadro “no constituyen en sí mismas una motivación suficiente”, “no permitían a las demandantes conocer las razones por las que habían sido atribuidas a su oferta” y “los criterios de atribución previstos en el cuadro de evaluación tampoco permitían a las demandantes comprender la justificación de las puntuaciones atribuidas”. Por ello, dado que “los comentarios de la entidad adjudicadora deben ser suficientemente precisos para permitir a las demandantes conocer los elementos de hecho y de Derecho sobre cuya base la entidad adjudicadora desestimó su oferta y seleccionó la oferta de otro licitador (sentencia Evropaiki Dynamiki/Tribunal de Justicia, citada en el apartado 62 supra, apartado 96)” y que los comentarios de la Comisión (órgano de contratación) no permitían a las demandantes conocer dichos elementos, el Tribunal acuerda estimar el recurso.

De todo lo expuesto se infiere la falta de motivación de la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de Contratación lo que, unido a las irregularidades detectadas en la actuación del citado órgano colegiado, obliga a estimar la reclamación y ordenar la retroacción de actuaciones de forma que la Mesa de Contratación proceda a motivar las valoraciones otorgadas a las ofertas, con los requerimientos formales exigibles, y a formular una propuesta de adjudicación ajustada al ordenamiento jurídico, atendiendo a lo expresado en los fundamentos de este Acuerdo”.

Por tanto, resulta evidente que la motivación de la decisión de selección del adjudicatario no debe circunscribirse a una mera puntuación de cada una de las ofertas técnicas, sino que resulta preciso exponer los razonamiento o explicaciones que conducen al resultado obtenido, y es la razonabilidad de esas explicaciones lo que permite concluir si se ha respetado o no los parámetros establecidos en las Condiciones Regulatoras.

Ahora bien, el hecho de que la entidad contratante no sea una Administración Pública, si bien conlleva que no deba respetar los requisitos establecidos por la normativa de procedimiento administrativo para la notificación a los interesados de los actos dictados, la aplicación del artículo 210.3 en lugar del 92.5 LFCP, con expresa referencia a *“una exposición sucinta de las características y ventajas de la oferta seleccionada”*, no le atribuye exención alguna respecto de la obligación de motivar la decisión de adjudicación en los términos señalados.

En este caso, la entidad contratante remitió a la reclamante, al igual que al resto de las licitadoras, una comunicación restringida a informar que no había sido seleccionada y el nombre de la adjudicataria sin más información adicional que el cuadro de las valoraciones resultantes de la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en las Condiciones Regulatoras realizadas por parte del equipo técnico evaluador constituido al efecto por aquella, en los términos deducidos del Acta de valoración de las ofertas técnicas:

"ACTA DE APERTURA SOBRE N°2

En Pamplona (Navarra), en el domicilio social de la CORPORACIÓN PÚBLICA EMPRESARIAL DE NAVARRA, SLU (CPEN), sito en Paseo Sarasate 38, 2º, siendo las 9,00 h del día 20 de enero de 2015, tiene lugar la apertura del sobre n° 2 denominado "Sobre 2- Documentación Técnica para el ACUERDO MARCO PARA LA SELECCIÓN DEL SERVICIO DE PREVENCIÓN AJENO PARA LA CORPORACIÓN PÚBLICA EMPRESARIAL DE NAVARRA (CPEN) Y SUS SOCIEDADES DEPENDIENTES".

En el acto de apertura se encuentra presente:

- *D. J.B.G.(Responsable de Compras, CPEN).*
- *D. J.A.M. (Departamento Jurídico CPEN)*

D. J.B.G., responsable de compras de CPEN, adopta la decisión de crear una mesa de evaluación para que proceda a analizar, valorar y aplicar los criterios de adjudicación que figuran en las Condiciones Regulatoras (los correspondientes a la oferta técnica), que estará integrada por los siguientes miembros pertenecientes a las sociedades públicas, todos ellos responsables de la coordinación en materia de prevención de riesgos laborales en sus respectivas compañías:

- *D. J.B.G.(Responsable de Compras, CPEN).*
- *D. D.C. (NASUMNSA).*
- *Dña. C.L. (NASERTIC).*
- *D. J.M.L. (GAN).*
- *D. O.R.M. (INTIA).*

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 19 de las Condiciones Regulatoras del Acuerdo Marco para la selección del servicio de prevención ajeno (SPA) de riesgos laborales de Corporación Pública Empresarial de Navarra, SLU (CPEN) y sus sociedades dependientes adheridas, el 27/01/2015 se procede en acto privado al estudio y calificación de la Documentación Técnica presentada en el Sobre nº 2 por los siguientes licitadores:

- *ASPY Prevención.*
- *MAS Prevención Servicio de Prevención (MASP). - Norte de Salud, SL (NORLABOR).*
- *PREVENNA.*
- *PREMAP Seguridad y Salud.*
- *Sociedad de Prevención Fraternidad Muprespa, SLU (SPFM).*
- *Universal Prevención y Salud (UNIPRESALUD).*

El resultado, en aplicación de los criterios de valoración establecidos en el apartado 20 de las Condiciones Regulatoras, se indica a continuación:

riesgos laborales”, emitido por el equipo técnico de valoración de ofertas constituido por la entidad contratante, tal como ha sido calificado en la documentación que se ha acompañado a la remisión del expediente, que en lo que concierne a la reclamante se ha concretado de la siguiente manera:

“INFORME EVALUACIÓN PROPUESTAS TÉCNICAS SELECCIÓN DEL SERVICIO DE PREVENCIÓN AJENO DE RIESGOS LABORALES

PROPUESTA N° 05. PREMAP

i) Organización de los medios

i.1) Organigrama justificativo

Se incluye organigrama concreto para CPEN y el resto de sociedades, identificando responsables para cada una.

Se justifica la organización propuesta y asignación de responsables en función a la similitud con el resto de su cartera de empresas.

Valoración..... 9,00 puntos sobre 9.

i.2) Descripción de la organización para la coordinación interna y hacia la empresa Completo. Se expone con concreción y por cada etapa/fase de trabajo, las actuaciones de coordinación internas técnico/UBS y las actuaciones de coordinación hacia el cliente. Valoración..... 5,00 puntos sobre 5.

i.3) Descripción de la organización para la coordinación con CPEN Completo. De forma muy concreta se aborda cómo se coordinarán para realizar una interlocución precisa a nivel de grupo con CPEN. Compromiso reuniones mensuales de seguimiento. Valoración..... 3,00 puntos sobre 3.

ii) Plan de contingencia

Número máximo de páginas, correcto.

Diferencia disposición de recursos adicionales bien en caso de servicios incluidos en el propio contrato (hasta 3 técnicos a disposición con la misma o mayor cualificación,

más refuerzo desde la oficina de Tudela), bien para servicios inicialmente no incluidos (disposición de técnicos especializados en centros de provincias limítrofes).

En cuanto a vigilancia de la salud, dispone de 3 UBS adicionales más refuerzo desde Tudela e, incluso, vigilancia individual de la salud desde Peralta y San Adrián.

Valoración..... 7,00 puntos sobre 7.

iii) Herramientas de gestión

iii.1) Gestión interna Número máximo de páginas, correcto.

Aplicación "Vigía Oficina", vinculada a la vigilancia de la salud.

Servicio web expuesto no se explica suficientemente.

No se aclara cómo se gestiona el área técnica.

Valoración..... 1,50 puntos sobre 3.

iii.2) Gestión citas y atención directa durante la vigilancia individual de la salud.

Número máximo de páginas, correcto.

Para la gestión de las citas se ofertan varias opciones. Muy completo.

No se recoge nada acerca de la atención directa durante la vigilancia individual.

Valoración..... 4,00 puntos sobre 7.

iv) Metodología de trabajo

iv.1) Estudio riesgo psicosocial.

Número máximo de páginas, correcto.

Claro y concreto.

Aborda número de horas específicas para cada sociedad. Total 450 h.

Valoración.....3,00 puntos sobre 3.

iv.2) Informe puesta en conformidad de máquina

Número máximo de páginas, correcto.

Recoge criterios a emplear.

Valoración..... 3,00 puntos sobre 3.

v) Mejoras

iv.1) Auditoría previa

Incluye compromiso con declaración responsable. 2 puntos
Plazo propuesto: 4 semanas. Plazo min: 1
Valoración..... 2,75 puntos sobre 5.

iv.2) Actividades formativas

Nivel básico PRL

Número de cursos válidos propuestos: 0. Son todos on line Número máx: 6
Valoración.....1,50 puntos sobre 3.

Primeros auxilios

Número total de horas propuestas: 25.
Número de cursos válidos propuestos: 5
Valoración.....2,02 sobre 3

Protección contra incendios

Número total de horas propuestas: 8.
Número de cursos válidos propuestos: 2
Valoración.....1,05 sobre 3

Oferta adicional I

Manipulación productos químicos.
Tiene vinculación con la actividad.
Número total de horas propuestas: 10 Número máx: 20
Número de cursos válidos propuestos: 2 Número máx: 5
Valoración..... 1,40 puntos sobre 3.

Oferta adicional II

Trabajos en altura. Tiene vinculación con la actividad.
Número total de horas propuestas: 12 Número máx: 40
Número de cursos válidos propuestos: 2 Número máx: 10
Valoración..... 0,80 puntos sobre 3.

iv.3) *Herramienta on line para coordinación actividades empresariales*

Cumple los requisitos exigidos.

Valoración..... 5,00 puntos sobre 5.

VALORACIÓN TOTAL..... 48,96 puntos sobre 65.

Pues bien, el examen de este informe permite inferir que ese documento no contiene ponderación alguna, según término empleado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que en Acuerdo 003/2011, ha señalado que *“ponderar es determinar el valor de una proposición y asignar, a cada una de las mismas, un valor distinto en función de sus características- una vez examinadas y comparadas con detenimiento-, y de forma objetiva y razonada, considerando imparcialmente, los aspectos contrapuestos de las ofertas. La ponderación es imprescindible en la publicación de los criterios de valoración, pues determina, a la postre, el resultado de la adjudicación”*.

En coherencia con lo señalado, los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de calidad son tomadas en consideración o no se aceptan y valoran pues, en caso contrario, no puede ser admitido por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación.

En este caso, el informe de valoración se limita a asignar 1,50 puntos sobre un máximo de 3 en el apartado iii) Herramientas de Gestión; iii.1) Gestión interna sin otra argumentación que *“Servicio web expuesto no se explica suficientemente”* *“No se aclara cómo se gestiona el área técnica”*, sin hacerse constar que extremos concretos no se han explicado o se han abordado o se requieren clarificar; 4 puntos sobre un máximo de 7 en el apartado iii) Herramientas de Gestión; iii.2) Gestión citas y atención directa durante la vigilancia individual de la salud con base en los comentarios *“Para la gestión de las citas se ofertan varias opciones. Muy completo”* *“No se recoge nada acerca de la atención directa durante la vigilancia individual”*, pero omitiéndose todo razonamiento que determine que peso tiene cada apreciación en dicha

puntuación final; 3 sobre 3 puntos en iv) Metodología de trabajo; iv1) Estudio riesgo psicosocial, mencionando “Claro y concreto” y “Aborda número de horas específicas para cada sociedad. Total 450 h”; 3 sobre 3 en Iv2) Informe puesta en conformidad de máquinas, argumentando “Número de páginas correcto” “Recoge criterios a emplear”

De este modo, en cada apartado, correspondiente a los distintos subcriterios de adjudicación establecidos en las Condiciones Reguladoras, no sólo se asigna una puntuación sobre la máxima prevista utilizando expresiones muy genéricas, y de contenido indeterminado, que no permiten conocer la razón de dicha puntuación otorgada, sino que en muchos de los casos se ha tenido más en cuenta cuestiones formales en presentación de las ofertas que su propia calidad e idoneidad, mezclando de esta forma la valoración de la documentación presentada con la propia oferta técnica.

Por tanto, a la vista del informe técnico de valoración se puede concluir que únicamente se conoce cuál es la puntuación final obtenida por cada licitador, incluido el que ha resultado adjudicatario, pero no el razonamiento por el que se han alcanzado dichas puntuaciones, siendo dicho proceder un incumplimiento que, convirtiendo la decisión recurrida en arbitraria, comporta su anulación.

Sin embargo, el efecto que ha de comportar la estimación del precedente motivo se deberá determinar una vez resueltos todos y cada uno de los argumentos impugnatorios esgrimidos por las partes reclamantes.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, procede analizar si la valoración del criterio de adjudicación Mejoras, en su apartado v2), “*Actividades formativas*”, resulta contraria a las Condiciones Reguladoras, según aduce la mercantil “PREMAP” como segundo motivo de impugnación.

La reclamante sostiene que el referido criterio de adjudicación ha sido valorado de forma inadecuada por la entidad contratante porque no le fueron valorados 43 cursos de formación on line que ofreció sin coste adicional alguno.

Por el contrario, la entidad contratante justifica la valoración otorgada de 0 puntos en dicho apartado porque las Condiciones Regulatoras (apartado 18, página 14) exigían que los cursos de formación ofrecidos por los licitadores fueran semipresenciales o presenciales, pero no online.

La resolución de este motivo requiere, en consecuencia, examinar si la actuación de la entidad contratante se ajustó al régimen jurídico de la contratación pública y, en especial a las Condiciones Regulatoras, que constituyen la ley del contrato, tal y como vienen afirmando reiteradamente nuestra jurisprudencia.

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

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

Por tanto, se impone analizar si la actuación de la entidad contratante se ajustó al régimen jurídico de la contratación pública y, en especial, a las Condiciones Regulatoras que constituyen ley de contrato, como viene afirmando reiteradamente

nuestra jurisprudencia. Por ello, expuestas las posiciones de las partes interesadas, se hace preciso examinar las cláusulas del condicionado que se refieren a la cuestión debatida.

“CONTENIDO DEL SOBRE n° 2: PROPUESTA TÉCNICA

V) Mejoras

El licitador tendrá la opción de realizar una propuesta de servicios adicionales sin coste adicional para CPEN:

V.2) Actividades Formativas

El licitador realizará una propuesta de actividades de formación sin coste adicional para CPEN y sus sociedades dependientes. En cada actividad propuesta, se deberá incluir: alcance de formación, duración (en horas), presencial o semipresencial, número máximo de personas por curso y lugar de impartición (servicios, empresa cliente o centro externo) y número total de cursos ofertados al año.

Las áreas de actividad sobre las cuáles se valorarán las actividades de ofertadas y que deberán reunir unos requisitos mínimos son:

- Nivel básico de PRL:

.semipresencial o presencial

.Duración mínima: 30 horas

.Incluido material didáctico y tutorial (presencial o a distancia)”

“20. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

20.1. OFERTA TECNICA

v) MEJORAS

v2) Actividades Formativas

El licitador realizará una propuesta de actividades de formación sin coste adicional para CPEN y sus sociedades dependientes. En cada actividad propuesta, se deberá incluir: alcance de la formación, teoría y práctica,

duración (en horas), on line o presencial, en caso de ser presencial: número máximo de personas por curso (en caso de curso presencial) y lugar de impartición (servicio, empresa cliente o centro externo) y número total de cursos ofertados al año. En el caso de no incluir alguno de estos datos, no se tendrá en cuenta ese curso a efectos de valoración.

Las áreas de actividad sobre las cuales se valorarán las actividades ofertadas y que deberán reunir unos requisitos mínimos so:

- Nivel básico de PRL: 3 puntos

. Se otorgarán 3 puntos a la oferta que mayor número de cursos proponga, valorando con una puntuación inversamente proporcional al resto de ofertas.

(...)

En cada curso ofertado, si la propuesta no incluye todos los datos solicitados según el apartado 18, v.2, no será considerado a efecto de valoración”.

Pues bien, a la vista de las señaladas, se verifica que la Condición Reguladora nº 18 v.2 (Contenido de los sobres) sólo contempla los cursos presenciales o semipresenciales, mientras la Condición Reguladora 20 v.2 (Criterios de Adjudicación) incluye en su previsión los cursos de formación online.

De este modo, las Condiciones Regulatoras planteaban una evidente contradicción al regular la documentación a incluir por los licitadores en el sobre nº 2 (Propuesta Técnica), definiendo únicamente propuestas de actividades formativas de carácter presencial o semipresencial pero no de cursos online, porque el criterio de adjudicación Mejoras, en su apartado de Actividades Formativas, prevé la valoración tanto de los cursos presenciales como de los cursos online, excluyendo en este caso los cursos semipresenciales.

Por tanto, yerra la entidad contratante cuando afirma que la cuestión está resuelta de modo claro en las Condiciones Regulatoras al excluir la valoración como Mejoras de los cursos online ofrecidos por las licitadoras como Actividades Formativas sin coste adicional para CPEN, conclusión que alcanza al aplicar la Condición Reguladora 18

v.2) en detrimento de la 20 v.2), sin haber tenido en cuenta que dicha cláusula contiene un criterio de adjudicación.

Es más, en contra de lo manifestado por “CPEN”, en la valoración correspondiente a las Mejoras por “Actividades Formativas” se ha producido un error o discriminación que resulta preciso que sea corregida.

En esta tesitura, debe plantearse, al efecto de resolver la contradicción constatada, si deben aplicarse las Condiciones relativas a la valoración de las Mejoras, de manera que dicha contradicción sea subsanada mediante la correspondiente interpretación gramatical, o, por el contrario, ha de considerarse improcedente tal aplicación.

Es decir, si en este caso procede entender que la Condición Reguladora 20, en cuanto contiene un criterio de adjudicación, debería tener una aplicación preferente sobre la 18, solución demandada por la reclamante, lo que conllevaría la anulación de la decisión de adjudicación por inadecuación de la valoración del criterio de adjudicación en la oferta de la reclamante y retroacción de las actuaciones al momento anterior a dicha valoración en orden a que fuera valorada la oferta de “PREMAP” con 6 puntos.

Sin embargo, dicha solución obviaría que el problema suscitado en la definición de las Mejoras en el apartado “*Actividades formativas*”, ha podido impedir a todos los licitadores, no sólo a la mercantil reclamante, obtener la información suficiente para conocer qué mejoras eran admisibles y cuál sería su valoración.

El carácter esencial de estos criterios en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato se constata 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.

El principio de igualdad de trato es un principio rector de la contratación pública, y que se traduce, según la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008 (Evropaiki Dynamiki. T-345/03) en que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes. Por ello, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica).

El principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que “por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata” (Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111).

Dichos principios rectores de la contratación pública también están recogidos en el artículo 21 de la LFCP, que establece entre sus fines una actuación transparente y un tratamiento igualitario y no discriminatorio.

Particularmente, el artículo 51.1.b) LFCP segundo párrafo inciso final señala que:

“... En caso de valorarse la posibilidad de presentar mejoras, deberán expresarse sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 56 de la LFCP, que es la norma de transposición del artículo 24 de la Directiva 2004/18/CE, regula los requisitos

de transparencia en los casos en que los licitadores deben integrar el contenido del contrato con su oferta y señala lo siguiente:

“Los licitadores únicamente podrán presentar variantes o alternativas cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo haya previsto expresamente, haya regulado las condiciones para su admisión y especificado los elementos susceptibles de variación o alternativa.”

De conformidad con dicha regulación, en este caso la contradicción presentada en las Condiciones Regulatoras que conciernen a las Mejoras de “Actividades Formativas”, conlleva dos claros problemas. El primero, el desconocimiento por los licitadores de qué mejoras podían ser admitidas, y, el segundo, con qué criterios se realizaría la valoración de las mismas.

Este Tribunal, en Acuerdo 6 /2013, de 16 de mayo puso de manifiesto sobre una cláusula de mejoras que:

“la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, y, en este sentido, resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas. La previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues, como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

“Como consecuencia de ello, y puesto que el pliego de cláusulas administrativas particulares que analizamos no ha sido impugnado, tal y como recuerda la entidad recurrida, ni se ha declarado, por tanto, la nulidad de ninguna de sus cláusulas deberíamos entender que, en principio, es de plena aplicación lo que supondría tomar

en consideración también la cláusula referente a las mejoras y a su valoración. Ahora bien, pese a ello, debemos considerar que si no se han establecido previamente los criterios a aplicar para la valoración de las mejoras, el pliego adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez".

Así las cosas, es indudable que, como tal y como ha entendido el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones (entre otras la 5/2012, de 5 de enero y la 69/2012, de 21 de marzo), "la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de igualdad que debe ser conocida por este Tribunal sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras, afirmación esta última que no puede entenderse como una contradicción de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con la impugnación de los pliegos pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho. Y no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio. En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos "que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional", entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley.

Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta".

Todo ello nos lleva a considerar que el criterio de "mejoras" ha incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación exigidos por la normativa comunitaria y recogidos en el artículo 21 de la LFCP".

Por ello, numerosas resoluciones declaran la inaplicación de este tipo de cláusulas, sirviendo de ejemplo la Resolución 69/2012, del Tribunal Central de Recursos Contractuales donde, con apoyo doctrinal en la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis; se concluía que una cláusula de la que puede derivar una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio ha de calificarse como nula de pleno derecho.

En definitiva, conforme a lo expuesto, no sólo no cabe amparar la indebida aplicación de un criterio de adjudicación por “CPEN” en la discrecionalidad técnica de la entidad contratante, sino que cabe concluir que la apuntada infracción trae causa de la contradicción apreciada en las Condiciones Regulatoras en el criterio de adjudicación relativo a las Mejoras de “Actividades Formativas”, confusión determinante de una vulneración de los procedimientos de contratación pública con sanción de nulidad tanto del criterio de adjudicación, como de la decisión de adjudicación impugnada y del propio procedimiento de contratación.

OCTAVO.- Por último, resta por analizar si la valoración de la oferta de la mercantil “NORTE SALUD, S.L.” en los apartados “*Herramienta para la gestión de la documentación en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales*”, “*Plan de Contingencia*” y “*Gestión de citaciones y atención*” ha resultado errónea.

Sin embargo, habiéndose planteado el motivo de impugnación de modo subsidiario, procede examinar en primer lugar la petición principal, es decir, si la valoración respecto del apartado “*Herramienta para la gestión de la documentación en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales*” resulta contraria a los principios de contratación pública por discriminatoria. Únicamente en el supuesto de no estimación de tal pretensión, se abre la posibilidad de que este Tribunal se manifieste sobre la adecuación o inadecuación a las Condiciones Regulatoras de la valoración de la oferta de la reclamante en los apartados “*Plan de Contingencia*” y “*Gestión de citaciones y atención*”, pero no a los efectos pretendidos de otorgar la máxima puntuación demandada.

En este sentido acierta la adjudicataria “PREVENNA” cuando afirma que la función este Tribunal es estrictamente revisora del acto recurrido, lo que significa, tal como ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 161/2012, de 30 de julio de 2012, que procederá a anularlo si aprecia vicios de ilegalidad en el mismo, y, en tal caso, a ordenar que se repongan las actuaciones al momento anterior al de la decisión de adjudicación, más no sustituir en ningún caso la decisión de la entidad contratante.

Este Tribunal ya se ha manifestado anteriormente en tal sentido en Acuerdo 19/2014, de 1 de diciembre señalando que *“Con respecto a esta discrecionalidad técnica, jurisprudencia reiterada significa que la aplicación de los criterios de adjudicación, conforme a las reglas de la ciencia o la técnica, no es susceptible de impugnación salvo en los casos de error patente o irracionalidad en su aplicación, en definitiva, no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras de contratos públicos por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la contratación, y menos aún podrá aquélla sustituirse por un informe elaborado a instancia de una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación.*

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

La oferta de “NORTE SALUD, S.L.” en el apartado “*Herramienta para la gestión de la documentación en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales*” del criterio de adjudicación Mejoras, recibió 0 puntos sobre un máximo de 5 puntos por parte de la entidad contratante.

Antes de analizar las alegaciones de la reclamante procede examinar las cláusulas de las Condiciones Reguladores respecto al criterio de adjudicación a valorar que se ha regulado para determinar la oferta económica más ventajosa.

La cláusula 18 (CONTENIDO DEL “SOBRE nº 2: PROPUESTA TÉCNICA”) en su apartado V.3) “*Herramienta para la gestión de la documentación en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales*” (Mejoras), establece lo siguiente:

“El licitador indicará, mediante declaración responsable, que se compromete a poner a disposición una herramienta informática en el ámbito de la coordinación de actividades empresariales. Se deberá incluir una descripción de sus funcionalidades, ventajas, etc., siendo requisito necesario permitir su integración en otros sistemas informáticos de gestión (ERP), etc”.

Por otra parte, la cláusula 20 (CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN), en su apartado v.3) Herramienta para la gestión de la documentación en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales (Mejoras), regula la siguiente ponderación:

- “*Si se asume compromiso*” *5 puntos*

Las propuestas que no incluyan una descripción de sus funcionalidades, ventajas, etc., ni puedan ser integradas en otros sistemas de gestión (ERP) serán valoradas con 0 puntos en este apartado”.

Solicitada aclaración por parte de la licitadora, “CPEN” justificó dicha puntuación de 0 puntos en el hecho de que la herramienta informática ofrecida incumplía la estipulación 18 de las Condiciones Reguladoras porque no cumplía el requisito de ser una herramienta específica en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales.

Sin embargo, la reclamante aduce como fundamento de su impugnación la falta de claridad de las Condiciones Regulatoras porque no han exigido que se tratara de una herramienta exclusiva para la coordinación de actividades empresariales.

Frente a ello, la entidad contratante alega que la herramienta valorada no es una herramienta informática de gestión documental en el ámbito de la coordinación de actividades empresariales, según determinó la mesa de evaluación en su informe técnico de evaluación, sino una solución de gestión documental diseñada para que las empresas almacenen de forma ordenada todos sus documentos, según se deriva del catálogo comercial oficial de la herramienta ofrecida por la licitadora.

Añade que dicha herramienta software debe cumplir los requerimiento y necesidades establecidas por la legislación vigente para dar cumplimiento a la coordinación de actividades empresariales (Real Decreto 171/2004, 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales).

La adjudicataria también ha formulado alegaciones al respecto, incidiendo en cuáles son las necesidades específicas derivadas de la coordinación de actividades empresariales y el diseño específico que debe tener la herramienta informática ofrecida para tenerlas en cuenta, refiriendo también la normativa que establece los objetivos de coordinación, en plena coincidencia con la entidad contratante.

Por el contrario, después de exponer una relación extensa de características de su herramienta informática, entiende que las mismas no son cumplidas por la herramienta que ofreció la reclamante porque, según señala, se trata de una herramienta informática genérica que no tienen en cuenta las particularidades propias de la coordinación de actividades empresariales que detalla, señalando que va más allá de un mero almacén de datos y consulta documental.

El informe de valoración del equipo técnico de evaluación hace constar lo siguiente (pagina 11 expediente):

“iv.3) Herramienta on line para coordinación actividades empresariales

No cumple los requisitos exigidos

No es una herramienta informática de gestión documental en el ámbito de la coordinación de actividades empresariales.

VALORACIÓN TOTAL.....0,00 puntos sobre 5”

Por el contrario, respecto de las valoraciones en las que se otorgó la máxima puntuación de 5 puntos, caso de “PREVENNA” Y “PREMAP”, el equipo de valoración técnico hizo constar (páginas 14 y 17 expediente)

“iv.3) Herramienta on line para coordinación actividades empresariales

Cumple los requisitos exigidos

VALORACIÓN TOTAL.....5,00 puntos sobre 5”

Por tanto, una vez examinadas el tenor de las Condiciones Regulatoras, las alegaciones formuladas por las partes e interesadas y el acta del equipo técnico de valoración en el que se han documentado las valoraciones realizadas, se constata, en primer lugar, que hay una divergencia entre el nombre de la Mejora valorada, pues mientras las Condiciones Regulatoras, tanto la número 18 como la 20, la denominan “Herramienta para la gestión de la documentación en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales” , en el informe de valoración se denomina “*Herramienta on line para coordinación actividades empresariales*”, cuestión que obliga a determinar si únicamente se trata de una diferencia gramatical o si la misma conlleva una modificación misma del criterio de adjudicación.

En dicha tesitura, hay que estar al tenor literal de lo señalado en las Condiciones Regulatoras, que conceptúan que la herramienta informática on line a valorar está destinada a cubrir la gestión documental en el ámbito de la coordinación de actividades empresariales, siendo su requisito necesario permitir su integración en otros sistemas informáticos de gestión (ERP), etc.

Asimismo, la máxima y única puntuación posible se otorga a aquellas ofertas que incluyan una declaración del licitador asumiendo el compromiso de ofrecer la herramienta siempre que el mismo incluya una descripción de funcionalidades, ventajas, etc, y con el requisito de la herramienta informática ofrecida pueda ser integrada en otros sistemas de gestión (ERP).

Por tanto, la mejora a valorar consiste en una herramienta informática on line para la gestión documental en el ámbito de la coordinación de actividades empresariales, y no una herramienta on line para coordinación de actividades empresariales ni tampoco una herramienta específica para la documentación que se genera en el ámbito de la coordinación, exigencias que no derivan de las Condiciones Regulatoras.

Ahora bien, resulta evidente que dichas Condiciones Regulatoras no permiten atisbar qué diferencias podrían establecerse entre unas y otras, y si las mismas son decisivas o no en aras al cumplimiento de las cláusulas reguladoras porque en ningún caso establece cuáles deben ser las características concretas que debe presentar la herramienta analizada ni las necesidades específicas a satisfacer, pues señalar que su cometido debe ser la gestión documental en el ámbito de coordinación de actividades empresariales y permitir su integración en otros sistemas informáticos de gestión (ERP), utilizando inclusive la nomenclatura etc, no identifica un tipo concreto de herramienta al omitir las características del software, en qué sistemas concretos de gestión se puede integrar o cómo se debería integrar.

Por lo tanto, ni las alegaciones de la entidad contratante ni de la adjudicataria pueden ser tenidas en cuanto a la hora de determinar cuáles deben ser las exigencias de dicha herramienta software porque el cumplimiento de los requerimientos y necesidades establecidas por la legislación vigente para dar cumplimiento a la coordinación de actividades empresariales no se ha establecido en las Condiciones Regulatoras ni tampoco se ha hecho mención siquiera a la citada normativa. Es más, tal como se ha señalado anteriormente, la indeterminación del enunciado de la mejora conlleva que los licitadores puedan no conocer si el objeto de la herramienta es la mera gestión documental en el ámbito de la coordinación empresarial o lo constituye la coordinación empresarial y, en este sentido, excede de aquella.

A mayor abundamiento, consistiendo la mejora en un mero compromiso de aportar una herramienta software, el criterio de adjudicación carece de un baremo que permita establecer unas normas de valoración para la puntuación de las características de cada mejora, toda vez que se valoran todas las mejoras admitidas con la misma puntuación, como si todas fueran iguales, independientemente de las funcionalidades, ventajas o necesidades que pudieran cubrir. Ni siquiera el requisito exigido de la integración en otros sistemas informáticos resulta valorable, a pesar de la máxima amplitud con la que se ha establecido.

Sentado lo anterior, resulta indiscutible que las Condiciones reguladoras que rigen la licitación del contrato deben establecer con la suficiente precisión todos los elementos que caracterizan la contratación que se vaya a efectuar, sin que puedan quedar indeterminados elementos esenciales de la misma, y entre ellos, las condiciones técnicas, entre la que debe incluirse pues conllevarían una indefinición del objeto mismo del contrato.

Respecto a la cuestión de indefinición en las mejoras se pronuncia el Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón al señalar que “ *Por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado, en las prescripciones que definen el objeto. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, por que lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoraran tales circunstancias. La valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación.*”.

Por tanto, resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas, siendo que en este caso el grado de indefinición de las Condiciones Reguladoras en lo que a la señalada mejora se refiere es

tal que la misma carece de parámetros objetivos que permitan analizar cuando la misma puede ser cumplida o no.

La regulación de las variantes se contiene en el artículo 56 LFCP permitiendo exclusivamente su presentación cuando el pliego lo haya previsto expresamente y, lo más importante, se hayan regulado las condiciones de admisión y se hayan especificado los elementos susceptibles de variación, requisitos que no se cumplen en el criterio de adjudicación analizado.

La contravención de lo dispuesto en el artículo 56 LFCP no es meramente una infracción de un precepto legal, sino que implica la vulneración del principio de transparencia, que deriva directamente del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que la Exposición de Motivos de la LFCP, recopilando el acervo comunitario, describe, según se ha anticipado, como la obligación de dar a los eventuales licitadores toda la información necesaria para poder adoptar la decisión de participar o no en la licitación, lo que dada su trascendencia, implica que proceda declarar la nulidad de ese criterio de adjudicación.

De esta manera, no figurando en las Condiciones Regulatoras la totalidad de las condiciones que determinan los elementos que constituyen el objeto del contrato, a valorar mediante los criterios de adjudicación, se puede concluir que el criterio de adjudicación examinado resulta ambiguo y confuso, y no está, tal y como prescribe el artículo 56 LFCPN, suficientemente explicitado a efectos de determinar qué mejoras se van a admitir y, en consecuencia, se van a valorar creando una situación de inseguridad en los posibles licitadores, al quebrarse el principio de transparencia que debe presidir la licitación, , lo que determina la estimación del motivo con carácter principal y la innecesariedad de entrar a analizar la pretensión fundada con carácter subsidiario.

NOVENO.- La estimación de la totalidad de los motivos de impugnación formulados por las partes reclamantes como fundamento de su pretensión de anular la decisión de adjudicación del Acuerdo Marco examinado conllevan, de conformidad con el artículo 21 de la LFCP, en relación con el art. 206 c) LFCP, la obligación de declarar la nulidad de pleno derecho de sus Condiciones Regulatoras, lo que hace innecesario

que este Tribunal se pronuncie sobre la petición también formulada por las partes para la práctica de la prueba conducente a la acreditación de la inadecuación de la valoración de las ofertas.

La declaración de nulidad de las Condiciones Reguladoras del Acuerdo Marco trae consigo la nulidad misma de la decisión de adjudicación impugnada y, en definitiva, de todo el Acuerdo Marco 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 las reclamaciones en materia de contratación pública interpuestas por las mercantiles “PREMAP, SEGURIDAD Y SALUD, S.L.U.” y “NORTE SALUD, S.L.” frente a la decisión de adjudicación del Acuerdo Marco para la prestación del “Servicio de Prevención Ajeno (SPA) de riesgos laborales de Corporación Pública Empresarial de Navarra y sus sociedades dependientes”, promovido por la “CORPORACIÓN PÚBLICA EMPRESARIAL DE NAVARRA, S.L.U. (CPEN)”, y declarar la nulidad de la decisión de adjudicación impugnada y de todo el procedimiento de adjudicación, con imposibilidad de continuarlo.

2º. Notificar este acuerdo a “PREMAP, SEGURIDAD Y SALUD, S.L.U.”, a “NORTE SALUD” y a todos los interesados 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, veintisiete de marzo de dos mil quince. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL. Marta Pernáut Ojer. LA VOCAL, Ana Román Puerta.