



Expte.: R-57/2016

ACUERDO 56/2016, de 11 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Ríos Renovables, S.L.” contra la adjudicación del contrato mixto de servicios energéticos con garantía de ahorros del edificio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra “Residencia El Vergel” por parte del Departamento de Desarrollo Económico.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 24 de mayo de 2016 se remitió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato mixto de servicios energéticos con garantía de ahorros del edificio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra “Residencia El Vergel” promovido por el Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra. Dicho anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea número S-102 el día 28 de mayo de 2016. Igualmente el anuncio de licitación se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el día 25 de mayo de 2016.

SEGUNDO.- Por Resolución 183/2016, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación, de 15 de septiembre de 2016 se adjudicó el contrato a la mercantil “Eulen, S.A.” hasta el día 31 de diciembre de 2026, por un importe de 1.398.762,43 euros (I.V.A. incluido).

TERCERO.- La mercantil “Ríos Renovables, S.L.U.”, que había presentado una oferta a la licitación, interpone reclamación en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato, en la que manifiesta haber recibido la notificación de la

adjudicación el día 20 de septiembre de 2016, y que basa en las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que en el anuncio de licitación publicado en el Portal de Contratación figuraba, dentro de los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas, que la valoración de la oferta técnica tendría un máximo de 35 puntos y dentro de esa puntuación general se valoraría, con un máximo de 10 puntos, el “programa de gestión energética”. Según dispone el pliego *“La puntuación se concederá atendiendo a la precisión, claridad y detalle del programa de gestión”*.

Dicho programa de gestión energética, según la cláusula 5ª del pliego, es uno de los documentos exigidos como documentación técnica y su contenido, según dicha cláusula, es el siguiente *“Descripción de la metodología empleada para la gestión energética del centro consumidor de energía según se describe en la cláusula 4ª del Pliego de condiciones técnicas.”*

Dicha cláusula en lo referido a la gestión energética establece: *“La adjudicataria realizará la gestión energética según la norma ISO 50001, de forma que se preparará y actualizará toda la documentación de acuerdo a lo indicado en esta norma para que, a criterio de la Administración, sea posible su implantación en el edificio objeto del contrato sin otro coste que el propio de la auditoría de certificación. Deberá ser posible pasar esta auditoría de certificación a más tardar transcurrido un año desde la firma del contrato.”*

b) Que en el informe de valoración de las ofertas se le otorgaron 7 puntos de un total de 10 posibles ya que en su gestión energética no menciona el sistema de gestión energética según la norma ISO 50001, mientras que a otra empresa licitadora se le valora con 10 puntos resaltando dicho informe que ello se debe a que es la única que lo menciona.

Sin embargo, dado que el pliego de cláusulas administrativas en ningún momento exigía que en la oferta técnica se hiciera referencia a la ISO 50001 sino que

era el pliego de prescripciones técnicas el que exigía que la gestión energética se hiciera de acuerdo con la norma ISO 50001, es evidente que la Mesa de Contratación ha incurrido en el error de confundir un criterio de adjudicación con las condiciones de ejecución del contrato. Dicha diferencia es sustancial por cuanto los criterios de adjudicación se puntúan mientras que las condiciones de ejecución se exigen durante la realización del contrato y no son objeto de valoración. En apoyo de esta alegación cita el Acuerdo 4/2014, de 17 de febrero, de este Tribunal.

En consecuencia solicita que se anule la resolución del contrato y se declare el derecho de “Ríos Renovables, S.L.U.” a ser la adjudicataria del contrato.

TERCERO.- Con fecha 13 de octubre de 2016 el Departamento de Desarrollo Económico aporta el expediente del contrato y presenta las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que la Mesa de Contratación acordó otorgar la máxima puntuación (10 puntos) en el programa de gestión energética a “Veolia Servicio Norte, S.A.U.” debido a que en el caso de resultar adjudicataria del contrato la Residencia El Vergel podría haber aprovechado la certificación del “Veolia Servicio Norte, S.A.U.” y hacerla extensible a la Residencia, con el consiguiente ahorro económico y de recursos, es decir, que no hubiera resultado esperar un año para pasar la auditoría de certificación tal como exigía el pliego de prescripciones técnicas.

b) Que de estimarse la reclamación de “Ríos Renovables, S.L.U.” no experimentarían variación la puntuación total, porque también se deberían dar esos 3 puntos a “Eulen, S.A.” y frente a los 90,76 puntos que ha obtenido “Ríos Renovables, S.L.U.” y 91,64 que ha obtenido “Eulen, S.A.”, pasaríamos a 93,76 puntos a favor de “Ríos Renovables, S.L.U.” y a 94,64 a favor de “Eulen, S.A.”, por lo que seguiría obteniendo mayor puntuación “Eulen, S.A.” y sería el beneficiario de la propuesta de adjudicación.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación presentada por “Ríos Renovables, S.L.U.”

CUARTO.- Previa notificación de la reclamación, “Eulen, S.A.” se persona en la reclamación y con fecha 17 de octubre de 2016 presenta un escrito de oposición a la reclamación que se fundamenta en las siguientes alegaciones que se exponen en síntesis:

a) Que la recurrente basa su reclamación en que considera conculcada la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que exige que el pliego de cláusulas administrativas detalle los requisitos y condiciones en la presentación de las variantes en aras al respeto del principio de igualdad de trato.

Sin embargo entiende que los Pliegos establecen perfectamente los criterios de valoración, que ahora son impugnados por la recurrente, ya que señala que el programa de gestión energética se puntuará de acuerdo con su precisión, claridad y detalle. Y de acuerdo con la doctrina derivada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 24 de noviembre de 2005, (ATI EAC y Viaggi de Maio, asunto C-331/04) se puede atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación previamente establecido distribuyendo entre esos elementos secundarios el número de puntos que se establecieron en el pliego siempre que: a) no se modifiquen los criterios de adjudicación del pliego b) no se contemplen elementos que de haber sido conocidos hubieran influido en la preparación de la oferta c) no produzcan efecto discriminatorio en perjuicio de algunos de los licitadores. Por ello considera que la Mesa de Contratación ha ajustado su actuación a lo previsto en la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE.

b) Por ello, de forma subsidiaria, en el caso de que se estimase que hay que otorgar mayor puntuación a la oferta de la reclamante, también se debería aplicar a la oferta de “Eulen, S.A.” puesto que cumple los mismos requisitos.

c) Que al tratarse de un criterio en el que se hace necesario un juicio de idoneidad técnica sobre las ofertas, la Administración ha de gozar de cierto grado de discrecionalidad para apreciar la mejor oferta. Los requisitos para ello son que estén

fijados previamente los criterios (que están establecidos en el pliego) y que se motive adecuadamente (informes técnicos que están el expediente). Respetados esos límites solo cabe la valoración de la Administración cuando haya incurrido en errores ostensibles y manifiestos tal como se establece en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 29 de junio de 2004 (RJ 2004/8258) y 2 de julio de 2004 (RJ 2004/4845) así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 5 de abril de 2005 (JUR 2005/196557).

Por ello, cuando la jurisprudencia constante ha establecido que no se puede sustituir a la Administración en la valoración de los intereses públicos ni en el ejercicio de la potestad de adjudicar el contrato, mucho menos podrá hacerlo uno de los licitadores, tal como intenta hacer la actora.

En consecuencia, solicita que se desestime íntegramente la reclamación y se confirme la resolución recurrida.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

SEGUNDO.- Cuestiona la reclamante la aplicación realizada por la mesa de contratación de uno de los criterios de adjudicación que prevé el PCAP en orden a la valoración de las proposiciones presentadas por los licitadores, por entender que ha sido

objeto de valoración un aspecto que, a su juicio, es una condición de ejecución del contrato.

A los efectos de resolver la cuestión planteada en el escrito de reclamación conviene traer a colación la doctrina relativa a la consideración de los pliegos – tanto de cláusulas administrativas particulares como de prescripciones técnicas – como ley del contrato; cuestión pacífica en nuestra Jurisprudencia, y que este Tribunal ha puesto de relieve, entre otros, en el Acuerdo 43/2013, de 22 de noviembre, cuyo fundamento de derecho segundo dice: *“Como ya hemos dicho en acuerdos anterior es (véase el Acuerdo 33/2013, de 10 de octubre, expediente 33/2013), es bien conocido que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que a lo previsto en él ha de estarse para la adjudicación, la ejecución y los efectos del mismo. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999 “Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (Sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo ...”*

De esta consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante – tanto para la entidad contratante como para los licitadores – y la imposibilidad de apartarse del mismo y de, una vez aprobados por el órgano de contratación, proceder a su modificación si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello y que serían, en principio, (entre otras, Resolución 160/2014, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales): a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 106 del mismo texto legal; c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables previsto en el artículo 107 del citado cuerpo normativo. Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el Órgano de contratación habilitado

para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto.

Así pues, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los de prescripciones técnicas, si no son impugnadas en su momento, quedan consentidos y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.3 LFCP *“El expediente de contratación se iniciará mediante un informe razonado de la unidad gestora del contrato, exponiendo la necesidad, características y valor estimado de las prestaciones objeto del contrato y contendrá el pliego de cláusulas administrativas particulares, las prescripciones técnicas a las que ha de ajustarse su ejecución, un informe jurídico y la fiscalización de la Intervención”*; de manera que en el mismo deben existir, entre otros, dos documentos diferentes y con contenidos específicos - el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas -, y cualquier discrepancia entre ambos ha de ser resuelta mediante la prevalencia no de uno sobre otro, pues no existe una relación jerárquica entre ellos, sino en base al principio de especialidad, en función de lo que corresponde regular a cada uno de ellos. Resultando que los criterios de adjudicación son parte del contenido propio del PCAP, sin que resulte admisible que el PPT regule aspectos reservados al pliego de cláusulas administrativas particulares, tal y como expuso este Tribunal en su Acuerdo 18/2015, de 6 de marzo.

Así se deduce de la regulación foral sobre ambos documentos, donde el artículo 45 LFCP establece que *“1. En todo procedimiento de licitación se fijarán previamente los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, en sus aspectos jurídicos, administrativos y económicos, que se denominarán pliegos de cláusulas administrativas particulares, salvo las especialidades previstas en la presente*

*Ley Foral. Dichos pliegos, que no podrán consistir en una mera repetición de disposiciones legales, no podrán contener estipulaciones contrarias a los pliegos de cláusulas administrativas generales, cuando existan, salvo supuestos especiales y previo informe de la Junta de Contratación Pública.2. 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.(...)4. El pliego de cláusulas administrativas particulares y, en el caso del diálogo competitivo, el documento descriptivo establecerá la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación establecidos, ponderación que podrá expresarse fijando una banda de valores adecuada. Cuando por causas justificadas no sea posible establecer una ponderación de los criterios de adjudicación, éstos se dispondrán por orden de importancia decreciente.(...)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.7. Los documentos de formalización del contrato se ajustarán al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de aquellos.(...); mientras que, en relación con el PPT, el artículo 46.1 del mismo texto legal indica que “Con anterioridad a la aprobación del gasto se elaborarán las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del contrato, documento que se denominará pliego de prescripciones técnicas particulares”.*

En el caso concreto que nos ocupa, la cláusula quinta del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios energéticos con garantía de ahorros de la Residencia El Vergel de Pamplona, al regular la presentación de proposiciones establece “...Sobre nº 2: “DOCUMENTACION TECNICA”, que incluirá:

*a) Programa de medidas de ahorro energético: Descripción de las medidas a realizar que permitan prestar el servicio energético con el mínimo consumo de energía, que no conllevarán una alteración del espacio y condiciones para el adecuado funcionamiento y uso del edificio. No debe incluir precios, en caso contrario será*

motivo de inadmisión de la oferta. Las inversiones en medidas de ahorro energético no superarán los 330.578,51 euros (IVA excluido) indicados en la cláusula 2ª de este pliego.

b) Programa de gestión energética: Descripción de la metodología empleada para la gestión energética del centro consumidor de energía según se describe en la cláusula 4ª del Pliego de condiciones técnicas.

c) Programa de mantenimiento.

d) Plan de organización del servicio energético:

- Personal: número, cualificación y tiempo previsto de dedicación a la ejecución del contrato.

- Medios materiales destinados a la ejecución del contrato.

e) Identificación de aquella información que formando parte de su estrategia empresarial, se considere confidencial por ser secreto técnico o comercial.

Para la proposición técnica, se admitirá un máximo de 150 páginas en total, impresas por dos caras, en formato Arial 11 e interlineado sencillo, incluida la documentación gráfica, fotográfica, planos, esquemas o de cualquier otro tipo que la licitadora estime oportuno a fin de justificar suficientemente las soluciones propuestas”.

A su vez, la cláusula sexta del citado pliego, regula los criterios de adjudicación del contrato en los siguientes términos: “La valoración de las proposiciones se realizará de conformidad con los siguientes criterios cuya ponderación se señala a continuación:

1º. Valoración de la proposición técnica: 35 puntos.

2º. Valoración del ciclo de vida de la biomasa: 20 puntos

3º. Valoración de la proposición económica: 45 puntos.

**1º. Valoración de la proposición técnica: máximo 35 puntos.**

Se valorará la oferta técnica propuesta, en la medida en que dicha oferta supone una garantía de alcance de los objetivos de ahorro propuestos.

<i>Concepto</i>	<i>Ponderación</i>
<i>Programa de medidas de ahorro energético</i>	<i>12</i>
<i>Programa de gestión energética</i>	<i>10</i>
<i>Programa de mantenimiento</i>	<i>8</i>

<i>Plan de organización del servicio energético</i>	5
<b>TOTAL</b>	<b>35</b>

*La obtención de una valoración inferior a 22 puntos en este criterio supondrá la inadmisión de la oferta.*

*Valoración del programa de medidas de ahorro energético*

*Se otorgará un máximo de 12 puntos. El programa identificará las medidas propuestas dirigidas a promover la mejora de la eficiencia energética y la ejecución de las mismas con la planificación y fechas previstas.*

*Valoración del programa de gestión energética*

*Se otorgará un máximo de 10 puntos. La puntuación se concederá atendiendo a la precisión, claridad y detalle del programa de gestión.*

*Valoración del programa de mantenimiento*

*Se otorgará un máximo de 8 puntos. La puntuación se concederá atendiendo a la precisión, claridad y detalle del programa de mantenimiento, frecuencia comprometida de las operaciones, y número de medidas incorporadas en el programa.*

*Plan de organización del personal destinado a la ejecución del contrato.*

*Se otorgará un máximo de 5 puntos. Se valorará:*

- a) Personal: 3 puntos.*
- b) Medios materiales: 2 puntos.*

**2º. Valoración del ciclo de vida de la biomasa: 20 puntos. (...)**

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas en su cláusula cuarta determina que *“SI. GESTION ENERGETICA. Esta prestación tiene como finalidad o incluye:*

*a) Garantizar las condiciones de funcionamiento y uso manteniendo las condiciones adecuadas a cada instalación para cumplir los requisitos descritos en la cláusula 3ª. Para ello podrá instalar o modificar los equipos o herramientas necesarios (sensores, sistemas de control, etc.).*

*b) Operación y vigilancia de las instalaciones, que incluye el control de los sistemas de regulación, arranque y parada de las instalaciones, regulación y equilibrado de los equipos, seguimiento y verificación de su correcto funcionamiento,*

vigilancia de las instalaciones energéticas y realización de rondas de inspección corrientes.

c) *Información mensual de los consumos energéticos y gastos energéticos asociados por tipo de combustible (electricidad, gas, etc.) e instalación (climatización, alumbrado, fuerza, etc.). En lo referente al consumo de electricidad, se considerará positivamente que figuren de forma separada los consumos de fuerza, iluminación y climatización. El contratista informará mensualmente de los consumos energéticos y gastos energéticos del centro de consumo. Deberá ser posible volcar dicha información en una aplicación informática que la Administración titular diseñará para la gestión de estos datos.*

*Esta prestación de gestión energética puede obligar a llevar a cabo acciones de mantenimiento preventivo o correctivo por la adjudicataria.*

*La adjudicataria realizará la gestión energética según la norma ISO 50001, de forma que se preparará y actualizará toda la documentación de acuerdo a lo indicado en esta norma para que, a criterio de la Administración, sea posible su implantación en el edificio objeto del contrato sin otro coste que el propio de la auditoría de certificación. Deberá ser posible pasar esta auditoría de certificación a más tardar transcurrido un año desde la firma del contrato”.*

Como puede observarse ninguna discrepancia se aprecia entre los citados pliegos sobre el extremo que nos ocupa, puesto que cada uno de ellos regula el contenido que tiene reservado conforme a lo dispuesto en LFCP; resultando que la cuestión a resolver se centra en la correcta aplicación de uno de los criterios de adjudicación previstos en el PCAP.

Debe recordarse, como lo hace la STS de 16 de febrero de 2010, rec. 3690/2007 (EDJ 2010/16445), reiterando lo declarado en la STS de 17 de octubre de 2007, rec. 3171/1995, que *"Entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está el de igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública, y, por tanto, el procedimiento de contratación tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de*

*licitación: el principio de publicidad, el principio de la libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades".*

En este sentido, el artículo 21 de la LFCP, regulador de los principios rectores de la contratación, somete el procedimiento de adjudicación y al órgano de contratación a los principios de igualdad y no discriminación por lo que respecta al trato que deben recibir los licitadores y candidatos, y al principio de transparencia en lo que atañe a la actuación de aquel.

El principio de igualdad de trato en materia de contratación administrativa comporta una obligación de transparencia tal, que exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores o criterios que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (véase STJUE de 24 de enero de 2008, cuestión prejudicial planteada por Grecia, Emm. G. Lianakis AE, C-532/06).

En este sentido, la STJUE de 19 de septiembre de 2013, sobre el principio de igualdad de trato pone de manifiesto que *"El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre*

de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C- 213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias *Lombardini y Mantovani*, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y *Comisión/Chipre*, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de 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 que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia *Michaniki*, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)”.

Consecuencia de la aplicación de los citados principios rectores en lo relativo a los criterios de adjudicación es la exigencia de su vinculación al objeto del contrato (objetividad), su adecuación a la finalidad intrínseca de permitir seleccionar la oferta que mejor satisfaga los intereses públicos, evaluando la calidad de las ofertas a estos efectos – por cuanto van referidos a las características de las ofertas y no a las de los licitadores -, y la necesidad de que tanto los criterios como las reglas para su valoración se establezcan y estén claramente delimitados en el PCAP o en el anuncio de licitación, de manera que no se otorgue al órgano de contratación una potestad de elección de la oferta de carácter ilimitada, y debiéndose garantizar su aplicación por igual a todos los licitadores; por ello mismo, la STJUE de 4 de diciembre de 2003, recuerda que los criterios de valoración no deben ser objeto de modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación.

Pues bien, resulta claro conforme a lo establecido en la cláusula sexta del PCAP que el programa de gestión energética a presentar por los licitadores, que consiste en la descripción de la metodología empleada para la gestión energética del centro consumidor según el contenido de la cláusula cuarta del PPT, se valorará con un máximo de 10 puntos, atendiendo a la precisión, claridad y detalle del mismo; del mismo modo que resulta evidente que la previsión que, en relación con la gestión energética, realiza la cláusula 4 del PPT no puede ser objeto de valoración en la fase de selección de la oferta más ventajosa, y ello en atención no sólo al documento en el que la misma se establece, sino por constituir una prescripción o condición referida a la fase de ejecución del contrato, en el sentido de establecer la obligación del adjudicatario de posibilitar la obtención de la auditoría de certificación en el plazo máximo de un año desde la firma del contrato; conceptos diferentes y que operan en fases distintas del contrato en atención, precisamente, a la finalidad para la que sirven cada uno de ellos, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 49/2013, de 17 de diciembre: *“CUARTO.- Entrando en el fondo del asunto, es relevante poner de manifiesto, resumidamente, las diferencias conceptuales que existen entre solvencia técnica, criterio de adjudicación y condición de ejecución o prescripción técnica cuya comprensión es fundamental en los asuntos enjuiciados. La solvencia técnica pretende garantizar que el licitador concurrente reúne la adecuada capacidad técnica y profesional y, en definitiva, que*

dispone de la aptitud necesaria para la ejecución de los contratos. Los medios que cabe exigir para ello son exclusivamente los previstos en el artículo 14 de la LFCP que derivan de los enumerados en el artículo 48 de la Directiva 2004/18/CEE (sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/1981, Transporoute). Se trata de la primera fase del procedimiento de adjudicación que consiste en verificar la aptitud de los peradores económicos admitidos al procedimiento de contratación mientras que la segunda consiste en la adjudicación del contrato, que debe realizarse basándose en los criterios de adjudicación establecidos (Informe 6/2011, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña). Ello siguiendo fundamentalmente la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto C 31/87 "Beentjes". Por ello se comprende que el Acuerdo 18/2013 de 29 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra enfatizara en el carácter bifásico del procedimiento o en el secreto de proposiciones respecto de documentación administrativa y técnica, sin perjuicio de que la confusión entre ambas fases solo causa vicio de nulidad cuando lo que se desvela es la oferta económica – única protegida en la LFCP con el carácter de secreto (artículos 52.2 y 189.3 de la LFCP). Los criterios de solvencia deben reunir los siguientes requisitos: figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio del contrato, ser criterios determinados y no meras generalidades, estar relacionados con el objeto y el importe del contrato, encontrarse entre los enumerados en el artículo 14 de la LFCP, y asegurar que en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio. Además, el nivel de solvencia será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación y al importe de aquel. Véase al respecto el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 36/07, de 5 de julio de 2007. Por su parte, los criterios de adjudicación tienen como función servir de base para seleccionar a las ofertas más ventajosas de las admitidas. El Tribunal Supremo los define – Sentencia de 18 de febrero de 2002 – como las pautas, parámetros o directrices según los cuales la administración va a valorar seleccionar la oferta que en su conjunto ofrezca mayores ventajas para la ejecución del contrato. El artículo 51 de la LFCP permite adjudica el contrato tomando en cuenta exclusivamente el precio ofertado u otros criterios que permitan determina la oferta más ventajosa. En este

Eliminado:

*segundo caso requiere que los criterios estén definidos de forma precisa, especificando su importancia relativa y obliga a que estén vinculados con el objeto del contrato y obliga a que un mínimo del 50% del total pueda obtenerse por la mera aplicación de fórmulas. No deberán hacer referencia a características de las empresas licitadoras – pues entonces estaríamos ante un criterio de capacidad o solvencia – y en definitiva, deberán ir dirigidos a determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa. Finalmente, debe aludirse a las condiciones de ejecución del contrato que pueden venir previstas tanto en el pliego de condiciones administrativas como, más normalmente, en el pliego de prescripciones técnicas, que son obligaciones que se introducen para el adjudicatario del contrato y cuya razón de ser es su necesidad para la ejecución correcta del mismo o por la introducción de mejoras fundamentales con respecto a su objeto”.*

En consecuencia, la implantación de la norma ISO 5001 en relación con la gestión energética no es sino una obligación del adjudicatario del contrato que, además, viene diferida en el tiempo, señalándose en el propio PPT un plazo de un año a tales efectos, sin que en el apartado correspondiente a los criterios de adjudicación se haya establecido nada al respecto, lo que ha supuesto que los licitadores desconocieran en el momento de la elaboración de las proposiciones la necesidad de hacer constar expresamente si estaban en posesión de tal certificación; posicionamiento más que probable si tenemos en cuenta que siendo el propio PPT el que hace referencia a que debe ser posible, para el adjudicatario, pasar dicha auditoria en el plazo citado, difícilmente puede alguien prever que va a ser objeto de valoración un aspecto en tales términos formulados puesto que el pliego parte, precisamente, de que el mismo no es necesario en el momento de inicio de la ejecución del contrato.

En este sentido, a la hora de elaborar los pliegos, la Administración tiene libertad, siempre dentro de los límites establecidos por la Ley a los que anteriormente se ha hecho referencia, para definir las prescripciones que han de observarse en la ejecución del contrato en orden a la mejor satisfacción de la necesidad pública que se trata de satisfacer a través del mismo, así como para el establecimiento de los criterios de adjudicación para conseguir la selección de la mejor oferta a los mismos efectos;

criterios que podrán ser evaluables de forma automática (a través de fórmula) o empleando un juicio de valor, de acuerdo con las pautas establecidas en los pliegos, y siempre que se observen, en este sentido, las limitaciones en el artículo 51 LFCP. Pero lo que no resulta admisible es valorar como criterio de adjudicación, que debe referirse a la calidad de la oferta presentada, un aspecto que la propia Administración ha decidido establecer como condición de ejecución exigible únicamente al adjudicatario; y mucho menos, cuando ella misma somete dicha obligación a término estableciendo un plazo concreto, a partir de la firma del contrato, para su consecución.

Y resulta que la propia entidad contratante reconoce haber procedido de la manera indicada, puesto que el informe de alegaciones remitido en el presente procedimiento de reclamación indica expresamente que *“En la valoración se tuvo en cuenta la precisión, claridad y detalle del programa de gestión, como se indicaba en la cláusula 6ª. En este sentido, procede señalar que VEOLIA fue la única licitadora que mencionaba la realización de la gestión energética según la norma ISO 50001, dado que afirmaba disponer de la certificación ISO 50001. De esta forma, en caso de resultar VEOLIA adjudicataria de la licitación, la Residencia El Vergel podría haber aprovechado la certificación de VEOLIA y hacérsela extensible a ella, con el consiguiente ahorro económico y de recursos de la implantación y desarrollo del sistema de gestión energético propio. Es decir, en tal caso no habría resultado necesario pasar la auditoria de certificación transcurrido un año desde la firma del contrato, como se exigía en la cláusula 4ª del pliego de condiciones técnicas, por disponer ya la empresa del certificado ISO 50001. En la valoración del programa de gestión energética se acordó otorgar –por el motivo indicado además de los que se señalan en el informe técnico adjunto al acta de la Mesa de Contratación – la máxima puntuación (10 puntos) a VEOLIA, 7 puntos a Ríos Renovables, S.L. y 5,75 puntos a EULEN”*.

En consecuencia, el propio órgano de contratación reconoce haber tenido en cuenta en la valoración de del programa de gestión energética un aspecto que constituye una condición de ejecución exigible sólo al adjudicatario; actuación que supone una modificación del criterio previsto en el PCAP, por introducir, a posteriori, un subcriterio

no previsto en el mismo en orden a su aplicación y valoración, y que resulta contraria a derecho, por todas STJUE de 24 de enero de 2008, que pone de relieve *“El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado 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”*.

Y ello sin perjuicio, además, de que los todos aspectos a tener en cuenta para valorar el programa de gestión energética conforme al PCAP – claridad, precisión y detalle en la descripción de la metodología – van referidos a los aspectos formales de la oferta y no a su contenido; práctica que conculca los requisitos antes citados de vinculación y adecuación del criterio con el objeto del contrato, tal y como pone de manifiesto la Resolución 24/2014, de 10 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León: *“Así pues, los criterios de valoración enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares son, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinan la adjudicación y, por lo tanto, elementos orientadores para la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en lo referente al órgano de contratación). En el presente caso los pliegos indican que los licitadores presentarán una memoria describiendo la calidad ambiental de los productos y medios utilizados en la prestación del servicio, y un programa de trabajo describiendo el modo en que va a prestar el servicio, ambos con una extensión máxima de 5 folios a doble cara. Se valora con diferente puntuación según el contenido (“no presenta”, “sencillo”, “detallado” y “muy detallado”). Según el órgano de contratación se informó a la empresa de que “el modo de valorar fue realizado por el literal, en función del contenido de la memoria que debían presentar. »Fueron consideradas ‘sencillas’ las memorias que se referían a la organización y*

*prestación del servicio de manera genérica. »Fueron consideradas ‘detalladas’ o ‘muy detalladas’ las memorias explicativas en función del grado de referencia a los Centros de la Universidad de Burgos y su funcionamiento”. Este Tribunal considera que los criterios de valoración deben estar vinculados directamente con el objeto del contrato y ser adecuados, necesarios y proporcionados para identificar la oferta económicamente más ventajosa (artículo 150.1 del TRLCSP), por lo que no es razonable tomar en consideración únicamente aspectos formales de una oferta, como una descripción detallada o sencilla, cuando lo relevante es su contenido sustantivo. En el informe que se incorpora como anexo al acta de la sesión de la Mesa de contratación, sólo se detalla una relación numérica correspondiente a los puntos otorgados a cada licitador, sin unas reglas de distribución de tal puntuación y sin que se pongan de manifiesto las características de la oferta de cada uno. En consecuencia, de todo lo expuesto resulta que la puntuación mediante aplicación de los criterios de valoración no evaluables mediante fórmulas está viciada de falta de motivación, ya que no muestra las especialidades y peculiaridades diferenciales de cada oferta”.*

CUARTO.- La conclusión anterior no resulta desvirtuada por las alegaciones realizadas por la tercera interesada en el sentido de que los criterios establecen perfectamente los criterios de valoración - puesto que la reclamante no discute la legalidad del criterio relativo al programa de gestión energética ni de los aspectos a tener en cuenta al aplicarlo a las proposiciones presentadas, sino haber introducido en la aplicación del mismo un nuevo parámetro a tener en cuenta en la selección que los licitadores no sólo no conocían en el momento de elaborar y presentar sus proposiciones, sino que la propia entidad contratante prevé para un momento temporal posterior a la adjudicación del contrato – y sobre la discrecionalidad técnica de la mesa de contratación a la hora de aplicar criterios de adjudicación sometidos, como es caso, a un juicio de valoración, tal y como a continuación razonamos con fundamento, precisamente, en la doctrina jurisprudencial referida en el fundamento de derecho anterior y citada por la tercera interesada en su escrito de alegaciones.

Y en este sentido, debemos recordar la reiterada posición de este Tribunal (por todos el Acuerdo 18/2015, de 6 de marzo), 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”.*

En consecuencia, la introducción a posteriori del aspecto citado como parte de uno los criterios de adjudicación resulta contraria a la doctrina citada, de manera que la aplicación de dicho criterio en la valoración de las ofertas no ha sido conforme a derecho, lo que conlleva la nulidad de la adjudicación realizada, y ello toda vez que ello supone una infracción del principio rector de transparencia en la valoración de las ofertas que resulta de la modificación de los criterios de adjudicación mediante la introducción de una especificación técnica como aspecto a valorar sin estar previsto como tal en el PCAP.

QUINTO.- Alcanzada la anterior conclusión, este Tribunal debe pronunciarse sobre el suplico contenido en el escrito de reclamación, es decir, sobre la procedencia de asignar a la reclamante los tres puntos que se le han restado por no mencionar la ISO 50001 y, en consecuencia declarar su derecho a resultar adjudicataria del contrato de referencia.

Sobre este extremo, la entidad contratante aduce *“es preciso señalar que ni Ríos Renovables, S.L. ni la adjudicataria del contrato EULEN mencionaron la realización de la gestión energética según la norma ISO 50001. Por lo que de acceder a lo solicitado por Ríos Renovables, S.L., las dos deberían verse “beneficiadas” por esa puntuación adicional. De modo que el resultado final sería el mismo: de tener 7 puntos la reclamante y 5,75 puntos EULEN en dicho apartado de la valoración técnica,*

*pasarían a tener 10 puntos y 8,75 puntos, respectivamente. Es decir, la distancia que separaba a estas dos licitadoras seguiría siendo la misma. En resumen, no es cierta la afirmación que realiza Ríos Renovables, S.L. de que habría resultado adjudicataria del contrato, ya que suma a su puntuación total (90,76 puntos) –que comprende la valoración técnica más la económica los 3 puntos que considera que merecía su proposición técnica en el apartado señalado. Sin tener en cuenta que al aplicar el mismo criterio a la oferta de EULEN, se deberían sumar también los mismos puntos a la puntuación total de esta empresa (91,64 puntos), por lo que, como se observa en la tabla adjunta, el resultado final, es decir, la propuesta de adjudicación a favor de EULEN por haber realizado la oferta más ventajosa, no se habría visto alterado”.*

Empero, la estimación de la reclamación en lo relativo a la valoración de que los licitadores hubieran obtenido sistema de gestión energética según ISO50001 determina automáticamente la imposibilidad de considerar la pretensión de la reclamante, puesto que consiste precisamente en aplicarle el citado criterio de adjudicación en la forma realizada por la mesa de contratación que se ha estimado contraria a derecho.

Sentado lo anterior, a la vista de las alegaciones formuladas en este sentido por la entidad contratante, debemos analizar si es posible determinar que la adjudicación del contrato se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción en la aplicación del citado criterio.

En este sentido, debemos comenzar señalando que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la mesa de contratación constituye una manifestación particular de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.

La Sentencia el Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014 recuerda que, en el ámbito de la contratación, la discrecionalidad juega con anterioridad a la adjudicación al decidir cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando eso sí las reglas que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación pública: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa; indicando que no cabe confundir la

discrecionalidad de que pueda gozar la administración en la fijación de la baremación de los distintos 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. Discrecionalidad que para ser controlada jurisdiccionalmente y respetar la interdicción de la arbitrariedad exige la oportuna motivación siendo insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna. Como refleja el FJ 5º de la Sentencia de 4 de junio de 2014 "Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada."

El Tribunal Constitucional en Sentencias 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo sostiene que *“la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”*. Añadiendo que *“Como se desprende de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional (por todas, STC 86/2004, de 10 de mayo), lo que no pueden hacer los tribunales de justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores”*.

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

En definitiva, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 41/2016, de 26 de julio, *“no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la licitación, y menos aún sustituirse por la opinión técnica formulada por una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación..... Consecuencia de lo dicho es que en este caso únicamente corresponde al Tribunal comprobar que no ha habido arbitrariedad, ni un error patente, ni irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración técnica y que esta valoración se encuentra suficientemente motivada en el expediente”*.

Pues bien, cierto es que en el informe de alegaciones presentado por la entidad contratante se reconoce que se ha tenido en cuenta en la valoración de este concreto criterio de adjudicación la disposición de la certificación ISO 50001, pero también lo es que el propio informe indica que *“En la valoración del programa de gestión energética*

*se acordó otorgar por el motivo indicado, además de por los señalados en el informe técnico adjunto al acta de la Mesa de Contratación– la máxima puntuación (10 puntos) a VEOLIA, 7 puntos a RíosRenovables, S.L. y 5,75 puntos a EULEN”;* circunstancia que pone de relieve que la diferencia de puntuaciones no sólo se debe, como pretende la recurrente, a la mención o no del sistema de calidad, sino al grado de precisión y detalle del programa de gestión energética facilitado por los licitadores.

Asimismo, el informe de valoración de las ofertas obrante en el expediente no arroja mayor información en relación con la aplicación del criterio de adjudicación, en la medida en que no relaciona cómo ha repartido el total de puntos establecidos en el pliego para valorar el programa de gestión energética entre los distintos subapartados o subcriterios aplicados, ni detalla la puntuación atribuida por cada uno de ellos, limitándose a indicar la puntuación total asignada a cada proposición por este concreto criterio de adjudicación.

En este contexto, las partes reconocen que se ha tomado en consideración al realizar la valoración el aspecto relativo a la posesión de la ISO 50001 (e incluso postulan su aplicación por parte de este Tribunal), de manera que resulta evidente que dicha circunstancia ha influido en la asignación de las puntuaciones a las distintas proposiciones y que el error advertido en la valoración excede de lo que debe entenderse por error material, de hecho o aritmético, de manera que siendo necesario realizar una nueva valoración de las mismas ajustada al pliego, no resulta posible conocer si el resultado de la adjudicación se mantendría de haber procedido de forma ajustada a derecho.

Debe repararse, en este sentido, que no nos encontramos ante un criterios de adjudicación de aplicación conforme a fórmulas sino sometido a un juicio de valor por parte de la mesa de contratación; de modo que introducir dentro de los aspectos que el pliego establece para la aplicación del citado criterio aspectos nuevos a valorar, impide siquiera vislumbrar en qué medida o porcentaje del total de los puntos ha influido o cuál hubiera sido la valoración de cada una de las proposiciones en el caso de ceñirse a los aspectos a tal efecto establecidos por el pliego, máxime teniendo en cuenta que el

propio informe de valoración, tal y como se ha señalado, adolece de una motivación insuficiente en tal sentido. No pudiendo este Tribunal sustituir en tal juicio al órgano de la entidad contratante encargado de realizar la valoración, conforme a la doctrina antes citada de la discrecionalidad técnica existente en esta materia y a los límites que en tal sentido deben ser respetados.

Por tanto, se advierte que no se han valorado correctamente las ofertas presentadas en aplicación de este criterio de adjudicación por parte del informe de valoración y, en consecuencia, por la mesa de contratación. La valoración es errónea, lo que conduciría a la necesidad de retrotraer las actuaciones al momento anterior a la valoración técnica para volver a valorar las ofertas en lo relativo a este criterio de adjudicación, motivando adecuadamente la atribución de puntos que se efectúe. No obstante lo anterior, dado que se han abierto las propuestas económicas (sobre nº 3), por mor del principio de transparencia y no discriminación, resulta imposible efectuar una nueva valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, por lo que debe anularse el procedimiento de adjudicación realizado.

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 la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Ríos Renovables, S.L.” contra la adjudicación del contrato mixto de servicios energéticos con garantía de ahorros del edificio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra “Residencia El Vergel” por parte del Departamento de Desarrollo Económico, anulando el citado acuerdo adjudicación, y declarando la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este acuerdo a “Ríos Renovables, S.L.U” , a “Eulen, S.A.U” y al Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra, y acordar su

publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 11 de noviembre de 2016. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Ana Román Puerta.