



Expediente: 41/2023

ACUERDO 53/2023, de 4 julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por IDOI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. frente al Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de Buñuel, de 22 de mayo de 2023, por el que se adjudica a OBRA PÚBLICA LA RIBERA, S.L. el contrato de obras de *“renovación del césped y equipamiento deportivo del campo de fútbol municipal de Buñuel”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de abril de 2023, el Ayuntamiento de Buñuel publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de obras de *“renovación del césped y equipamiento deportivo del campo de fútbol municipal de Buñuel”*.

A la licitación de dicho contrato concurren los siguientes licitadores:

- EXCAVACIONES FERMÍN OSÉS, S.L.
- IDOI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L y SPORT & LANDSCAPE, S.L., en participación conjunta
- OBRA PÚBLICA LA RIBERA, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 25 de abril, la Mesa de Contratación admitió a las tres empresas presentadas a la licitación tras el examen del sobre A (Documentación administrativa) de sus ofertas.

Igualmente, procedió a abrir el sobre B (Documentación relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas) y, visto el informe emitido en la misma fecha por el Redactor del Proyecto y Director facultativo de las obras, el 26 de abril la Mesa de Contratación atribuyó las siguientes puntuaciones:

	IDOI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE SL/SPORT & LANDSCAPE	OBRA PÚBLICA LA RIBERA SL	EXCAVACIONES FERMÍN OSÉS SL
Memoria explicativa	10	5	8,5
Plan de obra	5	5	5
Tratamiento de afecciones	5	5	5
Criterios sociales	4	5	4
Criterios medioambientales	5	3,5	3,5
TOTAL PUNTOS	29	23,50	26

El 27 de abril procedió a abrir el sobre C (Documentación relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas) asignando las puntuaciones correspondientes a la oferta económica, siendo las puntuaciones totales de las ofertas las siguientes:

	IDOI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE SL/SPORT & LANDSCAPE	OBRA PÚBLICA LA RIBERA SL	EXCAVACIONES FERMÍN OSÉS SL
Criterios no cuantificables mediante fórmulas	29	23,50	26
Criterios cuantificables mediante fórmulas	64,48	70	64,86

(oferta económica)			
PUNTUACIÓN TOTAL	93,48	93,50	90,86

Con fecha 3 de mayo la Mesa de Contratación propuso la adjudicación del contrato a favor de OBRA PÚBLICA LA RIBERA, S.L., y por el Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de Buñuel, de 22 de mayo de 2023, se le adjudicó el contrato.

TERCERO.- Con fecha 29 de mayo, IDOI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la adjudicación del contrato, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Señala que, vista la cláusula 12 del pliego, donde se regulan los criterios de adjudicación del contrato, así como el informe de valoración seguido por el acuerdo impugnado, relativo a la valoración de las ofertas del sobre B, resulta evidente que se ha introducido un criterio nuevo para alcanzar la puntuación máxima, no previsto en el apartado “criterios de adjudicación”, consistente en el compromiso de subcontratar los trabajos de limpieza final de la obra con una empresa de Inserción, o un Centro Especial de Empleo de iniciativa social, o una empresa o entidad de economía social.

Alega que esta actuación supone una modificación de los criterios de adjudicación y la contravención del artículo 58.2.c) de la LFCP, que determina que las condiciones particulares deberán especificar, entre otras, los criterios de adjudicación del contrato, la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, determinando si alguno es esencial, o si en alguno de ellos existe una puntuación mínima por debajo de la cual se excluye la oferta, sin perjuicio de la facultad de desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato, así como del artículo 2, que establece que las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad, interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea.

2ª. Manifiesta que es cierto que en el punto 9.2 del pliego (“Forma y contenido de las proposiciones”), al hacer mención al sobre nº 2, en el punto 4 (Aspectos medioambientales y sociales de la oferta), se dice lo siguiente:

“En este apartado se detallarán los aspectos de la oferta que puedan ser valorados atendiendo a lo dispuesto en el presente pliego como criterios sociales y medioambientales. En concreto, se aludirá a los siguientes extremos:

- Se valorará a los licitadores que se comprometan a subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato a través de Centros de Inserción Socio-laboral y/o Centros Especiales de Empleo.

En la documentación habrá de especificarse este porcentaje.

- En su caso, compromiso de realización de, al menos, 8,00 horas de acciones de sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad y conciliación reconocidos en la normativa vigente y convenio correspondiente.

- En su caso, compromisos asumidos en cuanto a la reutilización y reciclaje de los productos utilizados, y el correcto tratamiento de residuos con la participación de gestores autorizados.

No se podrá incluir en este sobre referencia alguna de la oferta económica o criterios cuantificables mediante fórmulas”.

Alega que, al margen de que el compromiso de subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato a través de Centros de Inserción Socio-laboral y/o Centros Especiales de Empleo no puede ser valorado atendiendo a lo dispuesto en el pliego como criterios de adjudicación sociales y medioambientales, tampoco se establece en el pliego ningún tipo de puntuación o ponderación en relación con dicha contratación.

Igualmente, alega que los criterios de adjudicación contemplados en la cláusula 12 del pliego pueden alcanzar un total máximo de 100 puntos, por lo que, si como ha ocurrido, se concede un punto al criterio de adjudicación consistente en el compromiso de subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato a través de

Centros de Inserción Socio-laboral y/o Centros Especiales de Empleo, que no está contemplado entre los criterios de adjudicación, el total máximo de puntos puede llegar hasta los 101 puntos.

3ª. Alega que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución de 6 julio (JUR 2018\239741), señala lo siguiente: *“En cualquier caso, como recuerda este Tribunal en la Resolución nº 600/2016, de 22 de julio este catálogo de posibles criterios sociales no es exhaustivo y, con independencia de su concreta mención o no, cualquier criterio social que se establezca deberá guardar relación con el objeto del contrato y no dar lugar a discriminación. Amén de que ha de estar especialmente previsto y contemplado en los pliegos como criterios de adjudicación susceptible de valoración”*.

4ª. Concluye que, si no se hubiera concedido 1 punto a la empresa Obra Pública La Ribera, S.L. por el compromiso de subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato a través de Centros de Inserción Socio-laboral y/o Centros Especiales de Empleo, que no está contemplado entre los criterios de adjudicación, la adjudicataria hubiera sido la reclamante porque hubiera obtenido la puntuación total de 93,48 puntos, frente a los 90,86 puntos de Excavaciones Fermín Osés, S.L. y los 92,50 puntos de Obra Pública La Ribera, S.L., reduciendo en este caso el punto que se le atribuye indebidamente.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la anulación del acuerdo impugnado, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración del criterio de adjudicación relativo a los criterios sociales para su nueva valoración conforme al pliego.

CUARTO.- Con fecha 31 de mayo el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, no formulando sin embargo alegación alguna en relación con la reclamación interpuesta.

En dicha fecha se requirió al órgano de contratación que procediera a completar el expediente remitido, lo cual hizo el mismo 31 de mayo.

QUINTO.- El 1 de junio se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose formulado alegaciones por parte de OBRA PÚBLICA LA RIBERA, S.L. con fecha 2 de junio en los siguientes términos:

Alega que la conclusión a la que llega el reclamante en el sentido de que se ha introducido un criterio nuevo para alcanzar la puntuación máxima es totalmente errónea, puesto que el informe técnico emitido en ningún momento dice que se le otorga un punto más a su oferta por el compromiso que asume de subcontratar los trabajos de limpieza, sino que dicho punto es consecuencia de la aplicación del último inciso del apartado “A.4. Criterios sociales” de la cláusula 12 del pliego, conforme al cual “*La valoración se efectuará en función del número de horas dedicadas a la acción, contenido, programación y personal dedicado a la impartición*”. Señala que, en aplicación de dicho criterio, se ha dado mayor ponderación a la explicación y detalle de su oferta, asignándole por ello un punto más.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta y, subsidiariamente, en caso de que se estimara la misma, que se acuerde la retroacción del procedimiento únicamente a los efectos de que se proceda a justificar adecuadamente la puntuación asignada a las ofertas en relación con el criterio de adjudicación “Criterios sociales”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, siendo susceptibles de impugnación los actos de adjudicación, conforme al artículo 122.2 de dicha ley foral.

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

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

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

QUINTO.- Constituye el objeto de esta reclamación el acuerdo de adjudicación del contrato de obras de *“renovación del césped y equipamiento deportivo del campo de fútbol municipal de Buñuel”*. Como consta en los antecedentes a los cuales nos remitimos para no resultar reiterativos, la cuestión de fondo que se plantea es verificar el ajuste a la legalidad de la valoración de las ofertas realizada por la mesa de contratación, en concreto, comprobar si como se alega como único motivo de impugnación, se han considerado aspectos o subcriterios no recogidos entre los criterios de adjudicación determinados en el pliego regulador, en lo referido a los “Criterios sociales”.

Considera el reclamante que de no valorarse dicho subcriterio su oferta obtendría la máxima puntuación. Al respecto nada rebate el órgano de contratación, si bien formula alegaciones la tercera interesada, que considera errónea tal manifestación con fundamento en el informe técnico que le otorga un punto a su oferta por aplicación del último inciso del apartado “A.4. Criterios sociales” de la cláusula 12 del pliego, al incluir una explicación detallando el contenido de la formación y el personal dedicado a la impartición.

Expuestas sucintamente las posiciones de las partes, teniendo en cuenta el motivo de impugnación alegado, cabe recordar que los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica en la fijación de los criterios de adjudicación del contrato, dado que estos tienen por finalidad determinar cuál es la mejor oferta de las presentadas durante la licitación, siendo dichos órganos los que mejor conocen las necesidades a satisfacer a través del contrato. Así lo señalamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 43/2022, de 13 de mayo, *“conviene antes subrayar la facultad discrecional del órgano de contratación para fijar el objeto del contrato y, con él, definir sus criterios de adjudicación. Cabe citar, a este respecto, nuestro Acuerdo 41/2020, de 25 de junio, en el que señalamos que Resulta preciso señalar que la fijación de los criterios de adjudicación a utilizar en cada caso constituye una facultad discrecional del órgano de contratación dentro de los parámetros reglados establecidos en el artículo 64 LFCP, pues como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 600/2020, de 14 de mayo, es “al órgano de contratación a quien le corresponde fijar las necesidades a satisfacer, y atendiendo a aquellas los elementos determinantes de la adjudicación para obtener una oferta que, por reunir una mejor relación calidad precio, sea la más adecuada para una buena ejecución del contrato. No son pues los intereses particulares de los licitadores los que deben determinar la fijación de las reglas del procedimiento de adjudicación y del contrato reflejadas en los pliegos, sino, antes bien, los intereses generales a los que las Administraciones y demás entidades del sector público sirven por imperativo constitucional. (...)”*

De manera similar en nuestro Acuerdo 101/2021, de 13 de octubre, manifestamos que *“En relación con la fijación de los criterios de adjudicación, cabe recordar que los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica en la fijación de los criterios de adjudicación del contrato, dado que estos tienen por finalidad determinar cuál es la mejor oferta de las presentadas durante la licitación, siendo dichos órganos los que mejor conocen las necesidades a satisfacer a través del contrato. Discrecionalidad que sólo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas*

sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa; si bien tales criterios han de reunir, en síntesis, las siguientes características: han de estar directamente vinculados al objeto, ser objetivos; no otorgar una libertad incondicional de elección, estar ponderados, figurar en el anuncio de licitación o en los pliegos y respetar los principios rectores de la contratación pública (por todos, Acuerdo 8/2021, de 25 de enero, de este Tribunal).”

Igualmente, procede traer a colación la doctrina conforme a la cual los pliegos del contrato constituyen su ley reguladora, siendo vinculantes para las partes sus determinaciones, en concreto, para el presente caso, respecto a lo que dispongan en relación con la valoración de las ofertas. Así, en el Acuerdo 39/2023, de 31 de mayo, señalamos que *“Expuestas de manera sucinta las posiciones de las partes, y con carácter previo al análisis de las concretas cláusulas del pliego relacionadas con la cuestión debatida, obligado es recordar la doctrina contenida, entre otros muchos, en nuestro Acuerdo 97/2021, de 29 de septiembre, y recogida de forma reiterada por la jurisprudencia – por todas, Sentencias 445/2021, de 30 de diciembre y 213/2022, de 6 de julio, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra – relativa a que dicho documento contractual constituye la ley del contrato a la que deben sujetarse las personas licitadoras, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación, auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación pues es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir; carácter que deriva del artículo 53.1 de la LFCP que establece que “Las proposiciones, que comprenden tanto la oferta técnica, si la hubiera, como la oferta económica, deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”.*

Carácter vinculante del que deriva, como también hemos señalado de manera reiterada, que de no haber sido los pliegos impugnados en tiempo y forma y anulada alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno

derecho. Y que, en lo que ahora interesa, determina la necesaria observancia de las reglas de valoración de los distintos criterios de adjudicación en él fijados, resultando vedado apartarse o aplicar fórmulas distintas a las previstas en el mismo. Pues tampoco podemos olvidar que si bien los poderes adjudicadores ostentan, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, lo cierto es que, como afirma el Tribunal Supremo en Sentencias de 28 de junio de 2004 y de 24 de enero de 2006, “no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso”; resultando así que si bien es el poder adjudicador el competente para interpretar el modo adecuado de aplicar los criterios de adjudicación, la Mesa de Contratación debe estar en el otorgamiento de puntuaciones conforme al tenor del condicionado, pues el principio de igualdad de trato, como apunta la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008 (Evropaïki Dynamiki. T-345/03) exige que los licitadores se hallen en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas por la entidad adjudicadora.”

Finalmente interesa recordar la doctrina referida a la discrecionalidad de la que gozan los órganos de contratación en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, como es el caso, así como la presunción de acierto y veracidad de que están dotados los informes con dicha valoración, así tal y como señalamos en el Acuerdo 14/2023, de 2 de febrero “Planteado en tales términos el objeto del debate, obligado es traer a colación la constante doctrina de este Tribunal relativa a la discrecionalidad que asiste a los órganos de contratación en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, como es el caso. Así, en nuestro reciente Acuerdo 1/2023, de 11 de enero, de este Tribunal, expusimos que “resulta de aplicación la doctrina general reiteradamente expuesta por este Tribunal sobre el alcance y los límites de la discrecionalidad técnica que ampara a la Mesa de Contratación para aplicar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor– por

todos, Acuerdo 34/2022, de 8 de abril -. Doctrina en cuya virtud dicho órgano goza de un margen para la aplicación de tales criterios, no siendo revisable por este Tribunal lo referido a los juicios técnicos, pero sí ciertos límites generales de la actividad discrecional, como son la competencia del órgano, el respeto al procedimiento establecido y a los hechos determinantes de la decisión, o la adecuación al fin perseguido y a los principios generales del derecho, especialmente, los de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad. Asimismo, como bien recuerda entre otras la Resolución 147/2019, de 13 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el ejercicio de esta potestad discrecional debe respetar su fondo reglado, tal y como éste se deduzca de la descripción del criterio de adjudicación y de las prescripciones técnicas.

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

junio 2005). Pudiendo añadir nosotros que dichos errores "ostensibles, manifiestos y cuya valoración no exija conocimientos técnicos" han de ser, además, relevantes””.

Expuesta la doctrina a tener en cuenta, resta referirnos al contenido de la cuestionada cláusula 12 del pliego regulador de la licitación, cláusula que determina los criterios de adjudicación, distinguiendo entre criterios de adjudicación no cuantificables mediante fórmulas, con una puntuación máxima de 30 puntos, y criterios cuantificables mediante fórmulas, siendo este únicamente la oferta económica, con una puntuación máxima de 70 puntos. Pues bien, respecto a los primeros se prevé lo siguiente:

“Para la selección del adjudicatario el criterio de adjudicación será la mejor calidad-precio.

A) No cuantificables mediante fórmulas.

A.1. Memoria explicativa del planteamiento de la obra y su desarrollo: hasta 10 puntos.

Se valorará el conocimiento de los trabajos a realizar, el desarrollo de la obra y el estudio adecuado de los materiales, maquinaria y detalles constructivos específicos de la obra. Se tendrá en cuenta el estado de las soluciones adoptadas a la problemática que pueda suscitar la obra, utilización de maquinaria y accesos.

A.2. Plan de obra: hasta 5 puntos.

- Se valorará con hasta 5 puntos el correcto planteamiento cronológico para el desarrollo idóneo de la obra. Identificando las labores a realizar y las fórmulas de estimación apropiada en tiempos y solapamiento de labores.

A.3. Tratamiento de afecciones: hasta 5 puntos.

Se valorarán aspectos como los accesos durante la ejecución de la obra, localización y dimensiones de la zona de descarga de materiales y zona de acopios, calidad y mantenimiento del cierre de la obra, andamiajes, grúas, casetas, etc.

Se tendrán en cuenta de manera específica aspectos relacionados con las medidas de seguridad previstas para minimizar los riesgos y garantizar la seguridad del personal, sin perjuicio de lo que deba contemplar el plan de seguridad posterior.

A.4.- Criterios sociales: Hasta 5 puntos.

Se valorará con hasta 5 puntos la incorporación por parte de las empresas concurrentes del compromiso de realización de al menos 8,00 horas de acciones de

sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad y de conciliación reconocidos en la normativa vigente y convenio correspondiente. La valoración se efectuará en función del número de horas dedicadas a la acción, contenido, programación y personal dedicado a la impartición.

A.5.- Criterios medioambientales: Hasta 5 puntos.

Por la reutilización y reciclaje de los productos utilizados, y el correcto tratamiento de residuos con la participación de gestores autorizados: hasta 5 puntos. La valoración de este apartado se efectuará en función de los compromisos y medidas a adoptar por el oferente a tal efecto.”

Finalmente, antes de proceder a nuestro análisis, debemos igualmente recordar lo expuesto en el informe de valoración de las ofertas de 25 de abril de 2023, en relación con dichos criterios sociales:

“A.4.- Criterios sociales: Hasta 5 puntos.

Se valorará con hasta 5 puntos la incorporación por parte de las empresas concurrentes del compromiso de realización de al menos 8,00 horas de acciones de sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad y de conciliación reconocidos en la normativa vigente y convenio correspondiente. La valoración se efectuará en función del número de horas dedicadas a la acción, contenido, programación y personal dedicado a la impartición.

- *Las tres empresas han señalado que van a realizar de 8 horas de acciones de sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato, acerca de los derechos en materia de igualdad y conciliación reconocidos en la normativa vigente y convenio correspondiente.*

- *Pero además, la empresa OPLR asume el compromiso de subcontratar los trabajos de limpieza final de la obra con una empresa de Inserción, o un Centro Especial de Empleo de iniciativa social, o una empresa o entidad de economía social con un porcentaje del 1% sobre el precio de adjudicación.*

Por lo tanto la puntuación en este apartado es:

- *EFO- 4 puntos*

- *IDOI y S&L-4 puntos*
- *OPLR- 5 puntos”.*

Pues bien, tras lo expuesto en el informe técnico, puede apreciarse claramente que la valoración realizada no se ajusta a lo previsto en el pliego, en lo que a los criterios sociales se refiere, por cuanto en este se contempla únicamente la atribución de hasta 5 puntos por la incorporación del compromiso de realización de al menos 8 horas de acciones de sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad y de conciliación, mientras que el informe adiciona a dicho criterio otro distinto, consistente en el compromiso de subcontratar los trabajos de limpieza final de la obra con una empresa de Inserción, o un Centro Especial de Empleo de iniciativa social, o una empresa o entidad de economía social, con un porcentaje del 1% sobre el precio de adjudicación razón por la cual se le atribuye a la adjudicataria un punto más.

Resulta por tanto constatado que tal actuación conlleva la adición de un nuevo criterio de adjudicación no contemplado en el pliego lo que debe determinar la estimación de la reclamación por infracción tanto de la normativa reguladora como de la doctrina y jurisprudencia existente, conforme a la cual no cabe introducir tras la aprobación del pliego reglas o criterios de valoración de las ofertas no previstos en el mismo, constituyendo esta práctica una evidente infracción de los principios de concurrencia, transparencia e igualdad de trato. Así en nuestro Acuerdo 78/2022, de 22 de julio, señalamos que *“Como puede observarse de una simple comparativa entre el contenido del pliego y el informe de valoración, éste último ha añadido, respecto a los dos primeros apartados objeto de valoración, una serie de subcriterios no especificados en el pliego; y respecto al tercero, ha incorporado los parámetros a partir de los cuales se otorga la máxima puntuación en cada uno de los subapartados – que la entidad contratante denomina umbrales de calidad que una vez superados determinan la obtención de la máxima puntuación - y que, en contra de lo alegado por ésta, tampoco se recogen en el pliego, lo que no resulta admisible. (...).*

Y lo que es más importante, a la vista del informe de valoración y del ahora aportado no podemos sino concluir que, como indica la reclamante, en la evaluación de

las propuestas no se han respetado los criterios establecidos en el pliego, pues los parámetros y ponderación atribuidos a cada uno de ellos no están previstos en el pliego; circunstancia que determina que debemos estimar la reclamación en este punto. “Efectivamente, en la fase de la valoración de las proposiciones, además de los subcriterios que especifica en relación con los dos primeros apartados, añade en el tercero de ellos una ponderación en los subcriterios no prevista en el pliego; proceder que, como decimos no se ajusta a derecho, pues no podemos olvidar que los principios rectores en materia de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.

Al respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 599/2022, de 26 de mayo, razona que Así, en la Resolución 304/2014, de 11 de abril, se ponía de relieve como la doctrina sentada por el TJUE en el asunto C 532/06 (Alexandroupolis), resuelto mediante sentencia de 24 de noviembre de 2008, que previamente hemos citado, dejaba a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Malo), cuyo apartado 32 dispone:

“32. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;

- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;

- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”.

[...]

Como dijimos en nuestra resolución 22/2018, “De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.”

Asimismo, en el Acuerdo 38/2023, de 29 de mayo, manifestamos que “Debemos partir para ello del mandato contenido en el artículo 64.1 LFCP, conforme al cual “Los contratos se adjudicarán a la oferta con la mejor calidad precio. Los criterios que han de servir para su determinación se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Estarán vinculados al objeto del contrato. b) Serán formulados de manera precisa y objetiva. c) Garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva”.

De este modo, los criterios que determinarán la adjudicación del contrato han de establecerse en los pliegos reguladores de la licitación, de manera que los posibles licitadores puedan conocer previamente en el momento de preparación de sus ofertas los elementos dotados de relevancia para la selección de las mismas, no siendo admisible su determinación o modificación posterior, so pena de vulnerar los principios de igualdad de trato, transparencia y publicidad rectores de la contratación pública. (...).

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.”

Procedería por tanto la estimación de la reclamación por dicho motivo sin que pueda acogerse la interpretación expuesta con anterioridad que alega la tercera interesada adjudicataria del contrato, puesto que la misma no se compadece con lo reflejado en el informe, que como hemos comprobado señala que las tres empresas licitadoras ofertan la realización de acciones de sensibilización y formación en materia de igualdad y conciliación, y por tanto, debieron recibir el mismo tratamiento a efectos valorativos, siendo el aspecto del compromiso de subcontratación el que establece una diferenciación entre las ofertas, que sin embargo, conforme a los criterios de adjudicación previstos en el pliego no debió valorarse.

En este punto interesa reseñar que la explicación de tal proceder puede encontrarse en el contenido de la cláusula 9.2 del pliego, donde se regula la “Forma y contenido de las proposiciones”, que establece lo siguiente respecto al contenido del sobre nº 2 “Documentación relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas”:

“Incluirá toda la documentación que aporte el licitador para que se valore y puntúen los criterios de adjudicación recogidos en el presente pliego, que dependen de un juicio de valor.

En concreto, deberá contener los siguientes documentos:

1. Memoria explicativa del planteamiento de la obra y su desarrollo, maquinaria, herramientas y medios auxiliares. Problemática de ejecución, que pueda suscitar la obra.

2. Plan de obra: Fase, proceso y desarrollo con grado de detalle suficiente e indicación del camino crítico para el cumplimiento del plazo de finalización.

3. Tratamiento de afecciones tanto de circulación peatonal y tráfico rodado, infraestructuras y redes de servicio implantadas y otro tipo de afecciones que puedan

derivarse de trabajar en espacios públicos en uso. Implantación de la obra y su justificación.

4. Aspectos medioambientales y sociales de la oferta:

En este apartado se detallarán los aspectos de la oferta que puedan ser valorados atendiendo a lo dispuesto en el presente pliego como criterios sociales y medioambientales. En concreto, se aludirá a los siguientes extremos:

- Se valorará a los licitadores que se comprometan a subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato a través de Centros de Inserción Socio-laboral y/o Centros Especiales de Empleo.

En la documentación habrá de especificarse este porcentaje.

- En su caso, compromiso de realización de, al menos, 8,00 horas de acciones de sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad y conciliación reconocidos en la normativa vigente y convenio correspondiente.

- En su caso, compromisos asumidos en cuanto a la reutilización y reciclaje de los productos utilizados, y el correcto tratamiento de residuos con la participación de gestores autorizados.

No se podrá incluir en este sobre referencia alguna de la oferta económica o criterios cuantificables mediante fórmulas.”

Pues bien, expuesto este contenido podría advertirse cierta contradicción en la cláusula que acabamos de reproducir porque incluye un compromiso de valorar un aspecto que sin embargo no aparece en la cláusula 12 reguladora de los criterios de adjudicación: *“Se valorará a los licitadores que se comprometan a subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato a través de Centros de Inserción Socio-laboral y/o Centros Especiales de Empleo”*.

Avanzamos ya, sin embargo, que no se advierte por este Tribunal infracción de los principios reguladores de la contratación pública previstos en el artículo 2, ni afcción de los artículos 59.2.c) y 64.1.b) de la ley foral reguladora de la contratación,

que requieran un pronunciamiento en tal sentido, por las razones que pasamos a exponer.

Así, cabe señalar al respecto, que nada se ha alegado por las partes, resultando el pliego consentido y firme conforme a la consolidada doctrina existente, siendo además que si bien en un primer momento la cláusula 9.2 parece contradictoria con la cláusula 12, lo cierto es que en aquella se señala que *“En este apartado se detallarán los aspectos de la oferta que puedan ser valorados atendiendo a lo dispuesto en el presente pliego como criterios sociales y medioambientales”*, remisión que debe entenderse hecha en buena lógica a la cláusula 12, que es precisamente donde se regulan los criterios de adjudicación, en donde no se contempla ni se valora el compromiso de subcontratación de un porcentaje del precio de adjudicación.

A mayor abundamiento, debemos referir que igual conclusión se deriva tanto de la propia sistemática del pliego como de la intencionalidad de las partes, criterios interpretativos ambos a tener en cuenta, previstos en el Código Civil, y que resultan de aplicación en los términos que señalamos en nuestro Acuerdo 17/2023, de 14 de febrero: *“Y de otro lado, que para la aplicación de los citados criterios de adjudicación la Mesa de Contratación debe llevar a cabo una labor de interpretación de los mismos; interpretación en la que, conforme a doctrina constante (por todos, Acuerdo 12/2018, de 13 de febrero), es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dado que los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, el pliego) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos.*

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

sobre aquéllas. Como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 2014, "...la propia interpretación del contrato debe hacerse en los términos regulados en el artículo 1.281 del Código Civil, debiendo prevalecer la voluntad de las partes contratantes frente a los términos literales del contrato. Y es evidente que para valorar cual es la intención de las partes, se debe hacer una interpretación global, lógica y sistemática de todo el clausulado del contrato y no de una cláusula aisladamente".

Así, de la propia sistemática del pliego, se deriva claramente que los criterios de adjudicación son los que se prevean en la correspondiente cláusula, en este caso la 12, dado que su establecimiento es precisamente su razón de ser, obedeciendo la cláusula 9.2 a otros fines, en concreto el de informar acerca de la documentación que debe incluirse en las ofertas. Siendo por tanto la cláusula 12 la que debe establecer tales criterios, y no la cláusula 9.2, que, si bien tiene un contenido relacionado con aquellos, no tiene dicha finalidad.

Por lo que respecta a la intencionalidad de las partes, el órgano de contratación, responsable de la elaboración del pliego, dejó claro su intención en relación con la fijación de los criterios de adjudicación al preverlo expresamente en la cláusula 12. Así también se deduce del contenido del informe de la unidad gestora del contrato que obra en el expediente remitido a este Tribunal, donde se constata que los criterios en él reflejados son los previstos en la cláusula 12, no aludiéndose al consistente en el compromiso de la subcontratación de un porcentaje del precio de adjudicación. Pero es que, además, el acta de la Mesa de Contratación de 25 de abril, que valoró las ofertas del sobre B y atribuyó las puntuaciones correspondientes, transcribe los criterios de adjudicación previstos en la citada cláusula, no aludiendo tampoco al citado criterio de subcontratación, de tal forma que la atribución de las puntuaciones se hace en base al contenido de un informe que incorpora un criterio de adjudicación que la propia Mesa de Contratación entiende como no valorable.

SEXTO. - Llegados a este punto procede determinar las consecuencias de la estimación de la reclamación.

Como ha quedado constatado en nuestro anterior fundamento, la valoración de las ofertas técnicas no se ajustó al contenido del pliego al contemplarse un subcriterio no previsto expresamente, revelándose por ello la puntuación obtenida errónea y arbitraria, lo cual debe conllevar la anulación del acto de adjudicación y la valoración de las ofertas técnicas, ordenando la retroacción del procedimiento al objeto de que la valoración de dichas ofertas se realice conforme a las previsiones de la cláusula 12 del pliego.

Anulación que, con carácter general, también debería conllevar la de la totalidad del procedimiento de adjudicación del contrato, dado que se ha producido la apertura de las ofertas valorables mediante la aplicación de fórmulas, imposibilitándose de esta forma la valoración previa de aquellas que impone el artículo 97 de la LFCP.

Sin embargo, en la presente licitación, como pasamos a referir, consideramos procedente la retroacción del procedimiento para una nueva valoración de las ofertas cualitativas en relación con los criterios sociales, aun habiéndose abierto el sobre C, por cuanto la nueva valoración no se vería comprometida, porque se trata únicamente de ajustar las puntuaciones otorgadas al Pliego de Condiciones sin ningún margen de discrecionalidad. Siendo que la valoración ya ha sido realizada en el informe técnico de 25 de abril, que atribuyó 4 puntos a todas las ofertas por el compromiso de realización de 8 horas de acciones de sensibilización y formación en materia de igualdad y conciliación y 1 punto adicional al adjudicatario por el compromiso de subcontratación que no debió ser valorado. Resultando, por tanto, que la correcta atribución de puntuaciones únicamente requeriría de la supresión de dicho punto que no se corresponde con lo previsto en el pliego ni, recordémoslo, con los criterios que aplicó la propia Mesa de Contratación en su reunión de 25 de abril.

Retroacción además que ha sido admitida por este Tribunal en ocasiones anteriores, señalando su Acuerdo 29/2021, de 25 de marzo, que *“Llegados a este punto, sin perjuicio de que el error apreciado en la valoración afecta a uno de los criterios cualitativos lo cierto es que la atribución de la puntuación correspondiente a las ofertas en lo que al mismo se refiere se ha realizado mediante la aplicación de una regla de*

proporcionalidad, siendo posible su corrección sin que quepa, para ello, margen de discrecionalidad alguno, resultando, por tanto, posible la retroacción el procedimiento a tales efectos, pues, no obstante haberse abierto y valorado el Sobre C de las distintas proposiciones, no se vería comprometida la confidencialidad y secreto de las proposiciones de los interesados. Y ello, en aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 405/2018, de 5 de diciembre, que señala que: “(...) Aquí seguiremos lo ya dicho por esta Sala en el procedimiento Ordinario 120/2.018, Sentencia nº 326/2.018, de 18 de octubre de 2.018, fundamento de derecho Tercero, “La Sala estima que en este caso concreto la retroacción de actuaciones no determina la vulneración de los principios de un tratamiento igualitario y no discriminatorio (art. 21 de la Ley Foral 6/2006). Así, el art. 52.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos establece que: “En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración”. En este contrato, como pone de relieve el Tribunal Administrativo de Contratos, la Mesa de Contratación no ha aplicado correctamente las puntuaciones en cada uno de los criterios de adjudicación (...) La retroacción de actuaciones para que la Mesa de Contratación otorgue la puntuación correcta según las cláusulas del Pliego no puede poner en riesgo en este caso que la valoración de las ofertas técnicas se pueda ver mediatizada por la proposición económica de las dos licitadoras porque se trata únicamente de ajustar las puntuaciones otorgadas al Pliego de Condiciones sin ningún margen de discrecionalidad por parte de la Mesa de Contratación que pueda verse influida de algún modo por el conocimiento de la oferta económica. Siendo esto así, no es conforme a Derecho la declaración que contiene el Acuerdo recurrido respecto a la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento, siendo posible la retroacción de actuaciones como solicita la parte demandante.”

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

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por IDOI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. frente al Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de Buñuel, de 22 de mayo de 2023, por el que se adjudica a OBRA PÚBLICA LA RIBERA, S.L. el contrato de obras de “*renovación del césped y equipamiento deportivo del campo de fútbol municipal de Buñuel*”, anulando dicho acuerdo, así como la valoración de las ofertas en relación con los criterios de adjudicación no cuantificables mediante fórmulas, ordenando la retroacción del procedimiento al objeto de que se atribuyan nuevamente las puntuaciones que correspondan conforme a la cláusula 12 del pliego “A.4.- Criterios sociales”.

2º. Notificar este acuerdo a IDOI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L., al Ayuntamiento de Buñuel, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona, 4 de julio de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.