



Expte.: R- 31/2013

ACUERDO 32/2013, de 7 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que se desestima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don E.T.B.E, en representación de SEDENA, S.L., frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Huarte por el que se adjudica a la empresa GESPORT, S.L. el contrato de asistencia técnica para la prestación de diversos servicios en las instalaciones deportivas de Huarte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de agosto de 2013 el Pleno del Ayuntamiento de Huarte acordó adjudicar a la empresa GESPORT, S.L. el contrato de asistencia técnica para la prestación de diversos servicios en las instalaciones deportivas de Huarte.

SEGUNDO.- El día 9 de septiembre de 2013 SEDENA S.L. interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra frente al acuerdo de adjudicación del contrato. Considera que existe una total y completa indefensión por ausencia de motivación en el expediente. Ello determina según la recurrente la nulidad del acuerdo de adjudicación y del procedimiento de contratación. Igualmente considera errónea la valoración técnica respecto del criterio de adjudicación referido al porcentaje de trabajadores discapacitados apartado B.5.2. y apartado B.4. Mejoras.

TERCERO.- Por Acuerdo 29/2013, de 13 de septiembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se admite a trámite la reclamación.

El día 20 de septiembre de 2013 el Ayuntamiento de Huarte presenta el expediente del contrato frente al que se reclama, sin hacer alegaciones en su defensa.

Concedido el trámite de audiencia al resto de partes interesadas en el expediente, el día 24 de septiembre de 2013, GESPORT, S.L. presenta escrito en el que señala que no se ha producido la falta de motivación aducida por la reclamante, puesto que las valoraciones y criterios se encontraban en el expediente al que tuvo acceso, que en su caso el vicio a que daría lugar sería de anulabilidad y no de nulidad de pleno de derecho como pretende y finalmente que tampoco se han producido los errores señalados por la reclamante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 29/2013, de 13 de septiembre de 2013, este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- Las cuestiones de fondo planteadas en la reclamación son la falta de motivación de la adjudicación del contrato y la existencia de errores en la valoración de dos apartados (apartado B.5.2. referido al porcentaje de trabajadores discapacitados y apartado B.4. Mejoras).

TERCERO.- Respecto de la primera cuestión, la ausencia de motivación de la adjudicación, aduce el recurrente que la motivación existente en el expediente se limita a reseñar las puntuaciones obtenidas.

Al contrario, la adjudicataria del contrato, GESPORT GESTIÓN DEPORTIVA S.L., en sus alegaciones, considera que, cuando esta mercantil accedió al expediente, la técnica de deportes del Ayuntamiento “*estuvo presente para explicar las valoraciones y criterios empleados para establecer las diferentes puntuaciones.(...) dichas valoraciones y criterios se encontraban en el expediente.*” Lo que es más importante, declara que obran en el expediente “*informes técnicos de valoración detallada de cada uno de los criterios de adjudicación con las razones o motivación para ello, informes, algunos de ellos en excel que son independientes para cada uno de los aspirantes.*”

El artículo 92.5 de la LFCP en su texto original afirmaba que: “*La resolución de adjudicación será motivada, deberá especificar los motivos por la que se ha rechazado*

una candidatura u oferta y las características o ventajas de la oferta seleccionada, y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento administrativo”.

Ahora, el nuevo precepto, en su redacción dada por la ley foral 3/2013, de 25 febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, potencia la necesidad de que sea la propia resolución de adjudicación la que contenga la motivación debida: *“La resolución de adjudicación contendrá, al menos, los motivos por los que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características o ventajas de la oferta seleccionada y la fecha en que la adjudicación adquirirá plena eficacia, y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento administrativo.(...)”*

La motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que les permitan, en su caso, impugnar la adjudicación. De lo contrario se priva al licitador de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole indefensión (Acuerdo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 62/2012, 176/2013 y 163/2013). No obstante, aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo de adjudicación, se daría cumplimiento a la exigencia de los artículos 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – en adelante LRJPAC – y 92.5 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos – en adelante LFCP – , siempre que la misma apareciere suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.

El Acuerdo 6/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón abordaba esta cuestión manifestando que:

“La notificación a la recurrente literalmente establece: “Las propuestas de XXX y de YYY obtuvieron la máxima puntuación en los criterios de evaluación previa (Sobre DOS), 44 puntos de un máximo de 48, y en la valoración de los criterios de evaluación posterior (Sobre TRES), XXX también obtuvo la mayor puntuación de entre todos los licitadores presentados con 52 puntos, por lo que su oferta en su conjunto resultó la más valorada con un total de 96 puntos”.(...) resulta conveniente reproducir las

consideraciones de este Tribunal contenidas en su Resolución 5/2011, de 12 de julio de 2011, en la que, (...) se señalaba: « ... la notificación de adjudicación debe acomodarse en cuanto a su contenido a lo dispuesto en el artículo 135.4 LCSP (151.4 TRLCSP). (...) debe advertirse que en la reforma de la LCSP operada por Ley 34/2010, de 5 de agosto,... se ha eliminado la posibilidad de que el licitador no adjudicatario pueda solicitar el informe de valoración al que antes se refería el artículo 135.3 LCSP. Para ello, se modifica igualmente el artículo 137 LCSP, en el sentido de suprimir precisamente la posibilidad de solicitar el referido informe. Como contrapartida, se regula en el artículo 135.4 el contenido de la notificación de la adjudicación a los licitadores, que deberá contener, entre otros extremos, "...c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

Resulta por tanto que de la actual regulación deriva la obligación de remitir de oficio a los licitadores la información que les permita determinar si ha existido o no una infracción para, eventualmente, plantear un recurso. El problema que puede plantearse es que la información que contenga la notificación de la adjudicación sea demasiado general, o no pueda individualizarse en relación con algún licitador, imposibilitando la eficacia del recurso, circunstancia que ya ha sido denunciada por la Comisión de la UE y aceptada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-455/08, Comisión europea/Irlanda, apartado 32)». En este sentido, la notificación de la Resolución (...) por la que se adjudicó el contrato, no hace referencia a todos los elementos determinantes de la resolución dictada. Es cierto que en la documentación del expediente remitido se encuentra el informe técnico de valoración de las ofertas (...) con un contenido exhaustivo que examina cada una de las propuestas técnicas, las compara y les asigna una puntuación. Sin embargo, su contenido no ha sido trasladado a los licitadores, por lo que implica falta de motivación de la notificación, lo que se traduce en indefensión al carecer de la información suficiente para poder presentar un recurso. La motivación que se contiene en la notificación de la adjudicación (...) no se ajusta así a las exigencias legales de dicha obligación.”

En este sentido, revisado el expediente podemos concluir que es cierto que junto con la notificación de la adjudicación se acompañó un resumen meramente numérico con las puntuaciones en los distintos apartados y subapartados del condicionado y ello no se considera suficiente para dar cumplimiento a las previsiones del artículo 92 antes citado. Si por ello sólo fuera este Tribunal debería ordenar la retroacción del procedimiento para obligar a realizar una nueva notificación que contuviera la documentación que motivara la adjudicación. Y es que, ciertamente, como dice la adjudicataria, GESPORT S.L., en sus alegaciones, es válida la motivación *in aliunde*, pero no basta la mera remisión a “*los documentos aportados por los licitadores en el sobre núm. 2 “propuesta técnica”, y al informe sobre valoración técnica emitido*”, sino que es necesario incorporarlos de forma efectiva al acuerdo de adjudicación, y en definitiva, a la adjudicación. Ello para no cargar al interesado con la carga de tener que acceder al expediente, de modo que la adjudicación y sus documentos anexos sean suficientes para conocer los motivos que han determinado la adjudicación del contrato al adjudicatario. Y ello con la finalidad de que pueda presentarse un recurso y en especial la reclamación en materia de contratación pública, con los perentorios plazos legalmente establecidos.

Así se desprende entre otras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011. Ésta afirma que “*siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 “in fine”, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo —Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990— en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica in aliunde satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración*”.

Esta última parte de la sentencia es la que adquiere mayor relevancia en el asunto ahora enjuiciado. Ello porque el recurrente ha reconocido que ha tenido acceso al

expediente y en el existen una serie de documentos que este Tribunal considera suficientes para fundamentar la adjudicación recurrida.

En el sentido de considerar la innecesariedad de reiteración de la notificación se pronuncia el Acuerdo 14/2013, de 20 de marzo de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que dispone que *“ aun cuando la notificación de la adjudicación remitida en este caso a los licitadores carece efectivamente de la información necesaria relativa a los extremos que señala el artículo 151.4 TRLCSP — pues se limita a señalar los datos mínimos de la adjudicación, pero sin desglosar la puntuación por cada uno de los criterios de adjudicación— no es menos cierto que los licitadores han tenido acceso a todo el expediente de contratación, a la vista de los fundamentos de los recursos y alegaciones planteados y, entre otros documentos, al informe técnico de valoración de las ofertas emitido el 10 de enero de 2013, con un contenido exhaustivo que examina cada una de las propuestas técnicas, las compara y les asigna una puntuación, y a la justificación de la viabilidad de la oferta de EULEN. Se entiende así cumplida la exigencia sobre el contenido de la notificación del artículo 151.4 TRLCSP, que es de carácter instrumental, a fin de que los licitadores puedan tener información suficiente para poder deducir el recurso que proceda. Y el efecto útil de la notificación, para poder recurrir, ha quedado cumplido con el acceso a la información que obra en todo el expediente. Por ello, y en aplicación del principio de economía procedimental, debe entenderse subsanada la deficiencia de la notificación, que no tendrá por ello ningún efecto invalidante, por lo que procede, en consecuencia, desestimar este motivo del recurso.”*

En definitiva, en cuanto a la supuesta indefensión, es de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras sus sentencias 210/99 y 26/99) que declaran que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

En la medida que, en el caso analizado, no se ha originado indefensión material al recurrente, la única consecuencia derivada de la infracción legal del artículo 92 de la LFCP es la consideración de que el plazo para la interposición del recurso habría de

computarse desde la fecha en que se recibe la información suficiente para fundar el recurso (el día 4 de septiembre de 2013). No obstante, esta consecuencia carece de virtualidad práctica en el supuesto examinado, pues el recurso se ha interpuesto en plazo (5 días después del acceso al expediente). Véase en este sentido la Resolución 41/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Adviértase que parece apreciarse una divergencia en cuanto al contenido del expediente, que se resuelve, salvo prueba en contrario, a favor del Ayuntamiento de Huarte. Ello porque, al igual que reconoce la adjudicataria, entre los documentos que integran el expediente sí se incluyen documentos de valoración técnica adicionales al documento que fue anexo a la notificación de la adjudicación en que la Mesa resumió las puntuaciones de criterios y subcriterios – conforme al condicionado que rige el contrato -. En particular los siguientes documentos en formato Excel: VALTEC EVA a CLECE.xls. (48 KB), VALTEC EVA a EULEN.xls (46,50 KB), VALTEC EVA a GESPORT.xls. (56 KB), VALTEC EVA a SEDENA.xls (51 KB), VALTEC EVA a soysana.xls (53 kb). Además consta informe sobre el apartado de criterios sociales. Cada uno de esos archivos en formato Excel presenta distintas pestañas con la valoración individualizada y desglosada para “*técnica*”, “*materiales*”, “*dirección*”, “*protocolo y cert calidad*”, “*mejoras*”. No hay apariencia de que dichos documentos no se encontraran en el expediente como ratifica la adjudicataria que los identifica en sus alegaciones, pese a la alegación en contrario de la recurrente. Por todo ello, procede desestimar este motivo de recurso declarando, que la motivación de la adjudicación obra en el expediente al que ha accedido con carácter previo a la presentación de la reclamación la recurrente.

CUARTO.- El segundo motivo de impugnación se refiere a la incorrecta valoración de los criterios de adjudicación, en particular de los referidos en dos apartados (apartado B.5.2. referido al porcentaje de trabajadores discapacitados y apartado B.4. Mejoras).

Debe advertirse que si bien es el poder adjudicador el competente para interpretar el modo adecuado de aplicar los criterios de adjudicación, la Mesa de Contratación y la Administración contratante deben estar en el otorgamiento de puntuaciones conforme al tenor del condicionado.

La Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurren a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, pero como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00 *“no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso”*.

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

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

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

El criterio de adjudicación correspondiente a las mejoras conlleva una valoración subjetiva o de juicio de valor por la mesa de contratación. Opera para ello la discrecionalidad técnica de la Mesa. Ahora bien, la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Por ello, sí es competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al ejecutarla. Así lo ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 80/2012, de 30 de marzo, citada por la entidad contratante en sus alegaciones.

La Doctrina jurisprudencial sentada entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2003 determina que el enjuiciamiento de criterios sometidos a juicio de valor se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones solo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción *iuris tantum*, salvo que esta quede desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error debidamente acreditado por parte del que lo alega.(...)

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 31/2012 del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía: *“El juicio técnico del personal de la Administración goza de la presunción de imparcialidad y objetividad, debiendo respetarse su discrecionalidad técnica en aquellos aspectos de la valoración que dependan de un juicio de valor, sin que una valoración paralela de los particulares pueda desvirtuar aquel juicio, salvo acreditación de arbitrariedad o error material en su criterio, extremos éstos que no se evidencian en el supuesto analizado.”*

Se considera meritorio el correcto desglose en criterios y sub criterios que efectúa el artículo 8 del condicionado que rige el contrato. Con tal actuación se consigue mayor transparencia en la adjudicación y se posibilita el control *a posteriori* de la actuación de la Mesa de contratación.

Además, esta motivación, visto el tenor de los informes aludidos es adecuada y suficiente. Y es que como afirma el Acuerdo 3/2011 del Tribunal Administrativo de

Contratos Públicos de Aragón, y de conformidad con el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de esa Comunidad, “ponderar es determinar el valor de una proposición y asignar, a cada una de las mismas, un valor distinto en función de sus características —una vez examinadas y comparadas con detenimiento—, y de forma objetiva y razonada, considerando, imparcialmente, los aspectos contrapuestos de las ofertas. La ponderación es imprescindible en la aplicación de los criterios de valoración, pues determina, a la postre, el resultado de la adjudicación.” (...) los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de calidad sobre las establecidas en los Pliegos son tomadas en consideración o no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido resultando imposible de revisar, e incurre en causa de anulación de todo el procedimiento.” Puede afirmarse sin ambages que ello es lo que hace la Mesa de Contratación en el expediente que nos ocupa.

Por el contrario, el criterio relativo a los criterios de valoración o política social medioambiental (10 puntos) se desglosa en otros 7. El primero de ellos se relaciona con el promedio de trabajadores minusválidos de la empresa en el año anterior y su valoración se obtiene de la aplicación de la fórmula de proporcionalidad directa: “promedio de plantilla de trabajadores/as minusválidos en la empresa durante el año inmediatamente anterior, siempre que supere el 3% (1,5 puntos a la empresa que mayor porcentaje presente, y al resto de empresas se le asignarán los puntos proporcionalmente)”. No obra en el expediente presentado la oferta de la empresa recurrente ni del resto de licitadoras. Sin embargo, la importancia respecto de la valoración total es muy menor. Si consta en los informes de valoración que la empresa CLECE S.A. tenía un 4,98% de sus trabajadores discapacitados, EULEN S.A. 4,20% y SOYSANA 1,6 – 1,92, por más que el informe de valoraciones indique – por razones que se desconocen – que GESPORT S.L. y SEDENA S.L. tienen 0 puntos en nada varía el resultado final. La empresa CLECE S.L. tendría 1,5 puntos mientras que aplicando la fórmula de la proporcionalidad directa la recurrente con los 3,27% de trabajadores discapacitados que declara en su recurso tendría 0,98 puntos.

En definitiva, si bien se considera que la empresa SEDENA S.L. debió recibir 0,98 puntos más en la oferta técnica ello no produce variación de la adjudicación y en

definitiva no reviste entidad suficiente como para proceder a ordenar la anulación de la adjudicación que constituye el *petitum* del recurso y consiguiente retroacción del procedimiento. Ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la LRJPAC, en cuanto a que el acto de adjudicación se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 y 19 de enero de 2001.

Respecto del criterio de mejoras. El apartado 8. B.4 contemplaba 2 posibles mejoras: monitores/as de actividades y técnico/a de sala. Hasta 4 puntos. Inversiones en las instalaciones y/o equipamientos deportivos. Hasta 7 puntos. El informe de valoración técnica efectúa una comparativa y estudia pormenorizadamente las mejoras presentadas por los licitadores. Las cuantifica y explica las razones que aconsejan realizar la correspondiente ponderación. No se aprecia en la valoración realizada arbitrariedad, error de hecho o discriminación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 212.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública formulada por don E.T.B.E , en representación de SEDENA, S.L., frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Huarte por el que se adjudica a la empresa GESPORT, S.L. el contrato de asistencia técnica para la prestación de diversos servicios en las instalaciones deportivas de Huarte.

2º. Notificar este Acuerdo a la mercantil SEDENA, S.L., al Ayuntamiento de Huarte y a los demás interesados que figuran en la documentación del expediente, y

acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona, a 7 de octubre de 2013. El Presidente Javier Martínez Eslava. El Vocal Francisco Javier Vázquez Matilla. La Vocal Sagrario Melón Vital