



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64 y 848 42 29 73
Fax 848 42 29 68 – 78
E-mail: Tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 84 y 89/2018

ACUERDO 119/2018, de 21 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don J. O. J., en nombre y representación de la Compañía Mercantil “SEDNA, S.L.”, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de fecha 11 de octubre de 2018, por el que se adjudica a “ODOS SERVICIOS CULTURALES, S.L.”, el contrato de visitas guiadas, realización de sesiones de la Cámara Oscura, atención al público y control de ventas de entradas desde el 6 de octubre de 2018 al 29 de diciembre de 2019, y se dispone el archivo de la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por doña M. N. O. F. frente al mismo acto administrativo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 9 de julio de 2018 el Ayuntamiento de Tudela publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de visitas guiadas, realización de sesiones de la Cámara Oscura, atención al público y control de ventas de entradas desde el 6 de octubre de 2018 al 29 de diciembre de 2019. A dicha licitación concurrieron, presentando oferta, “SEDNA, S.L.” (en adelante SEDNA), “ODOS SERVICIOS CULTURALES, S.L.” (en adelante ODOS) y doña M. N. O. F..

SEGUNDO.- Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el día 11 de octubre de 2018 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Corella adjudicó el citado contrato a ODOS. Dicho Acuerdo fue notificado a SEDNA con fecha 16 de octubre de 2018.

TERCERO.- El día 24 de octubre de 2018 don J. O. J., en nombre y representación de SEDNA, presenta reclamación especial en materia de contratación

pública ante este Tribunal, frente al citado Acuerdo de 11 de octubre de 2018, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela.

Afirma la reclamante que entre los diferentes criterios de adjudicación se encontraban los siguientes de carácter social (con hasta 10 puntos):

“1.- Porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33 % (hasta 6 puntos)

La empresa licitadora con mayor porcentaje obtendrá la mejor valoración. A cada una de las restantes empresas se le dará la puntuación proporcional según la siguiente fórmula:

$$P = (PTF / PMTF) \times 6$$

Resultando: P (puntuación obtenida) = PTF (porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad) / PMTF (porcentaje máximo de trabajadores fijos con discapacidad presentado entre los licitadores)

Las empresas que tengan un porcentaje inferior al 2% de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33%, obtendrán 0 puntos.

2.- Porcentajes de trabajadores eventuales (hasta 4 puntos)

La empresa licitadora con menor porcentaje obtendrá la mejor valoración. A cada una de las restantes empresas se le dará la puntuación proporcional según la siguiente fórmula:

$$PUNTUACIÓN = \frac{4 \times (10 \% - \text{porcentaje empresa licitadora})}{10 \% - \text{porcentaje más bajo entre las licitadoras}}"$$

Para la reclamante dichos criterios sociales de adjudicación resultan discriminatorios, no están vinculados al objeto del contrato y no garantizan que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva, por lo que vulneran de plano el artículo 64.1, letras a) y c), de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP) y resultan absolutamente nulos de pleno Derecho, todo lo cual habría de conducir a la nulidad completa del procedimiento de contratación.

A ello añade:

“... si bien es cierto que el apartado 6 del mismo artículo 64 de la LFCP exige o parece exigir en todo caso la existencia en los pliegos de criterios de carácter social con una ponderación mínima de un 10% sobre el total de puntos, no lo es menos que no cabe incluir en la pliegos cualesquiera criterios sociales, puesto que los mismos han de estar vinculados al objeto del contrato, de tal manera que a través de su exigencia y evaluación se permita conocer, no las condiciones o características previas de la empresa, sino la oferta con mejor calidad relación-precio.

Sin embargo, esto no ocurre en el caso que nos ocupa. Los dos criterios de carácter social no tienen vinculación alguna con el objeto del contrato, ni suponen un beneficio para su mejor prestación. Dicho de otra forma, no se alcanza a comprender de qué manera la existencia de un mayor número de trabajadores fijos con discapacidad o un menor número de trabajadores eventuales se traduce en una mejor oferta que merezca una mayor valoración de unos licitadores respecto a otros, pues al fin y al cabo ese es, precisamente, el objetivo de los criterios de adjudicación, a saber, conocer cuál es la mejor oferta en relación a la prestación de que se trate.”

Según la reclamante, *“todo parece indicar que el órgano de contratación incluyó estos criterios habida cuenta la obligación de ponderación mínima del artículo 64.6 de la LFCP, pero sin considerar que no guardaban relación con el objeto del contrato, impidiendo tanto la competencia efectiva entre ofertas (que no entre cualidades laborales previas de las empresas) como la determinación de la oferta con mejor relación calidad-precio.*

Y que esto es así ha quedado acreditado tras la valoración de las ofertas, toda vez que SEDENA obtuvo 81,89 puntos en los criterios relativos a la oferta económica y

oferta técnica por 80,30 puntos ODOS, de tal forma que fue únicamente la evaluación final de los criterios sociales (aplicados en la sesión de la Mesa de 20 de septiembre de 2018) la que permitió que se invirtiera el orden de puntuación entre ambos licitadores.

Aun, es más. SEDENA y ODOS obtuvieron prácticamente la misma puntuación en su oferta técnica (38 puntos el primero frente a 38,75 puntos el segundo), pero, sin embargo, SEDENA obtuvo 43,89 puntos en su oferta económica frente a los 41,55 de ODOS, lo que pone bien de manifiesto que la oferta con mejor relación calidad-precio era la suya. No obstante, la aplicación de unos criterios sociales que solo se refieren a las características o condiciones previas laborales de la empresa ha viciado por completo el concepto “oferta con mejor relación calidad-precio”.

Junto a la infracción denunciada, la reclamante añade una segunda, significando que los criterios sociales evaluados no están contemplados en la LFCP (artículo 99) como criterios de adjudicación, sino como criterios desempate de las ofertas, lo que es bien distinto.

Por ello, tras reconocer que es cierto que no recurrió el pliego afirma que “*no lo es menos que es doctrina consolidada y pacífica de los tribunales de contratación y, en particular, del tribunal al que ahora nos dirigimos, que la discusión de los términos del pliego es posible cuando de una nulidad de pleno Derecho hablamos*”, por lo que solicita la anulación del acto impugnado y la nulidad de todo el procedimiento de contratación.

CUARTO.- El 31 de octubre de 2018 el Ayuntamiento de Tudela aporta el expediente de contratación y sus alegaciones a la reclamación.

En primer lugar tacha de extemporánea la reclamación dado que el artículo 124.2 a) LFCP establece que el plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación para la impugnación de dicho anuncio y de la documentación que figura en él y el único motivo de impugnación alegado es la nulidad radical de los criterios sociales establecidos en el pliego de condiciones que “*fue*

publicado en el portal de contratación de Navarra junto con el anuncio de licitación el 9 de septiembre de 2018 (pag 40 expt)”, por lo tanto el plazo de diez días para recurrir por ese motivo finalizó el 19 del mismo mes y como la reclamación ha sido interpuesta el 24 de octubre, ha sido interpuesta fuera de plazo por lo que debe inadmitirse por extemporánea.

En este punto debe advertirse el evidente error en que incurre el Ayuntamiento en sus alegaciones dado que el anuncio de licitación fue publicado en el Portal de Contratación de Navarra el día 9 de julio y no el 9 de septiembre, como alega.

A lo dicho añade que si bien es cierto que por parte de los Tribunales de Recursos Contractuales se ha aceptado la impugnación del Pliego tras la adjudicación del contrato en aquellos supuestos en que las Bases estaban redactadas en términos tan oscuros o ambiguos que a un licitador bien informado le era imposible conocer con exactitud la forma de aplicarlas, de tal manera que sólo con motivo de la adjudicación tuvo cabal conocimiento de las mismas, el pliego de condiciones en este aspecto es claro y meridiano a la hora de determinar cómo se aplica la puntuación por los criterios sociales y el recurrente no ha tenido ninguna duda de cómo se ha valorado su oferta (y las del resto de licitadores), no ha planteado queja al respecto, e incluso su oferta contenía los elementos que se requerían en el pliego para obtener puntuación, siendo su única reclamación que este criterio no se refiere al objeto del contrato sino a la calidad de la empresa que lo propone. Por ello, entiende, no procede admitir por este motivo una reclamación extemporánea.

Finalmente, frente a la nulidad radical de los criterios sociales que denuncia el reclamante, el Ayuntamiento significa que aquel no indica cual es el motivo de dicha nulidad y, además, que la supuesta deficiencia denunciada no se encuentra en ninguno de los apartados 1 y 2 del artículo 116 de la LFCP por lo que, en todo caso, si prosperara la alegación de que dichos criterios no tienen relación con el objeto del contrato, se trataría de uno de los motivos de anulabilidad del apartado tercero, que en ningún caso facultaría para realizar una reclamación fuera del plazo previsto.

Por todo ello solicita que se desestime la reclamación.

QUINTO.- Con fecha 31 de octubre de 2018 se abre el plazo para las alegaciones de otros interesados.

En ejercicio de su derecho doña M. N. O. F. presenta el 5 de noviembre de 2018, a las 21:04 horas, sus alegaciones, en las que, en primer lugar, se refiere a la alegación que incluye SEDENA en su reclamación cuando dice: “*SEDENA obtuvo 81,89 puntos en los criterios relativos a la oferta económica y oferta técnica por 80,30 puntos ODOS, de tal forma que fue únicamente la evaluación final de los criterios sociales (aplicados en la sesión de la Mesa de 20 de septiembre de 2018) la que permitió que se invirtiera el orden de puntuación entre ambos licitadores*”, indicando que si esta afirmación es correcta, no es necesaria, ya que independientemente de que se invirtiera el orden de puntuación entre ambos licitadores, lo cierto es que en ese momento del procedimiento la oferta con mayor puntuación no es ni la de SEDENA ni la de ODOS sino la suya, con una puntuación de 85,25 puntos, como lo recoge el acta de la Mesa de Contratación del 11 de septiembre.

Sin posicionarse ni a favor ni en contra de la afirmación de SEDENA de que la aplicación de los criterios sociales ha viciado el concepto de oferta con mejor relación calidad-precio, la alegante dice que ha detectado que la baremación de su oferta en aplicación de los criterios sociales se ha realizado siguiendo un procedimiento que no es acorde a los dictámenes del pliego, y que incurre en la vulneración del principio de igualdad ya que en su caso la Mesa de Contratación decide aplicar motu proprio una norma no recogida en los pliegos y que resulta ser discriminatoria, hecho que para ella es importante ya que de haberse baremado conforme a los pliegos ese apartado de su oferta, la adjudicataria sería ella.

Ante el desconocimiento del procedimiento de reclamación en materia de contratos públicos y más concretamente en lo relativo al ámbito de las alegaciones; pero entendiendo que este hecho constituye por sí mismo una reclamación diferente de la de SEDENA debido a que su reclamación tiene otros motivos y fundamentos (se basa en

cómo se han baremado en su oferta los criterios sociales, no sobre si los mismos debieran o no ser criterios de adjudicación), y debido también a que lo que solicita al Tribunal es distinto de lo que solicita SEDENA, informa que ha procedido a presentar una reclamación en su nombre.

Finaliza sus alegaciones señalando que en caso de que el procedimiento correcto hubiera sido presentar dicha reclamación en lugar de como reclamación independiente como alegaciones a la de SEDENA, ruega al Tribunal que anexe dicha reclamación a este documento. Pero en caso contrario e independientemente de que la reclamación de SEDENA sea o no estimada, solicita que en la medida de lo posible el Tribunal atienda su reclamación.

SEXTO.- Efectivamente, con fecha 5 de noviembre de 2018, a las 20:14 horas, doña M. N. O. F. presentó reclamación especial en materia de contratación pública frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de fecha 11 de octubre de 2018, por el que se adjudica a “ODOS SERVICIOS CULTURALES, S.L.”, el contrato de visitas guiadas, realización de sesiones de la Cámara Oscura, atención al público y control de ventas de entradas desde el 6 de octubre de 2018 al 29 de diciembre de 2019.

Tras señalar que con fecha 27 de octubre de 2.018 le fue notificado el acto impugnado, manifiesta que no está conforme con él por entender que no se ha baremado su oferta conforme a las indicaciones del pliego.

Al respecto afirma que, tal y como queda recogido expresamente en el acta de valoración de la Mesa de Contratación de fecha 11 de septiembre, la puntuación correspondiente a los dos primeros criterios de adjudicación (baremación de propuesta técnica + baremación de propuesta económica) quedó como sigue:

- ODOS: $38,75 + 41,55 = 90,30$ PUNTOS
- SEDENA: $38 + 43,89 = 81,89$ PUNTOS
- M. O.: $35,25 + 50 = 85,25$ PUNTOS

Esta baremación fue realizada sobre 90 puntos, ya que en ese momento estaban todavía pendientes de baremar los criterios sociales (10 puntos).

En el apartado de criterios sociales el Pliego establece dos parámetros: porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33 % (hasta 6 puntos) y porcentaje de trabajadores eventuales (hasta 4 puntos), apartado en el cual la empresa licitadora con menor porcentaje obtendrá la mejor valoración y a cada una de las restantes empresas se le dará la puntuación proporcional según la fórmula que se establece.

Pues bien, entiende la reclamante que es en el segundo apartado donde la Mesa de Contratación comete un error ya que siendo que su oferta es la que tiene un menor número de trabajadores eventuales (ya que como se recoge en el acta la empresa posee 0 trabajadores eventuales frente al 9,04% de SEDENA y el 81,81% de ODOS), debiera ser su propuesta la que obtuviera la puntuación máxima en este apartado, es decir, 4 puntos, y a partir de ahí se debieran calcular los puntos que corresponden a las demás empresas en base a la fórmula recogida en los Pliegos. Sin embargo, en el momento de la baremación de estos criterios sociales, que se recoge en el acta de 20 de septiembre, se le otorgan 0 puntos.

Así que al parecer, dice la reclamante, *“la Mesa considera que, contrariamente a lo que indican los pliegos, van a baremar mi propuesta con 0 puntos por el hecho de ser autónoma, y otorga esos 4 puntos a SEDENA. Esta baremación de 0 puntos en los criterios sociales acaba suponiendo un hecho vital para el resultado de la adjudicación; ya que mi propuesta, que era la más ventajosa, pasa a ser la última en la baremación”*.

También manifiesta que ha aportado pruebas documentales de que su empresa no tiene trabajadores eventuales y de que tiene un trabajador fijo, que es ella misma, bajo la modalidad de autónoma, por lo que debieran habersele otorgado en este apartado los 4 puntos por ser, de las tres empresas participantes, la que tiene un menor número de

trabajadores eventuales, con independencia de que la modalidad de constitución de la empresa sea la de autónomo, S.L., S.A. o cualquier otra. En relación con ello también manifiesta que el pliego cuando se refiere a este apartado menciona siempre a los trabajadores, no a los asalariados y los autónomos son, por definición, trabajadores.

Así pues, dice, cuando la Mesa de Contratación afirma que “*M. N. O.: No dispone de trabajadores en plantilla. Es autónoma. 0 puntos. Al no tener trabajadores en plantilla no procede puntuar*” realiza una afirmación falsa pues la empresa sí posee un trabajador en plantilla, que es ella misma. A mayor abundamiento señala que el único caso en que los pliegos establecen una puntuación de 0 puntos en ese apartado es para aquellas empresas “*con un porcentaje de trabajadores eventuales mayor del 10 %*”. Para ellas determinan los pliegos que “*obtendrán 0 puntos*” en dicho apartado. Así pues, afirma, la puntuación en este apartado de 0 puntos para su propuesta no se corresponde con lo determinado en el pliego.

Finalmente entiende que, a pesar de que es el órgano de contratación quien puede tener la potestad de interpretar los pliegos, lo que no puede hacer, pero está haciendo en este caso, es crear con su interpretación una desigualdad para un sector de la población como es el sector de los autónomos, siendo como es un grupo afectado por los contratos públicos. Con este criterio creado por el ayuntamiento de Tudela, dice, se pone en desventaja a todo el sector autónomo, que según su aplicación de los criterios sociales, tiene automáticamente perdido el 10% de la puntuación de cualquier licitación de este Ayuntamiento por el mero hecho de ser autónomos con vulneración del principio de igualdad, contraviniendo el artículo 62 de la LFCP, que establece en su apartado segundo que: “*Dichos requerimientos no podrán constituir especificaciones técnicas, criterios de selección o criterios de adjudicación encubiertos ni tener carácter discriminatorio, de tal forma que cualquier persona dotada de solvencia técnica para la ejecución del contrato pueda cumplirlos*”. Como es obvio, finaliza, si el pliego no puede utilizar los criterios sociales con carácter discriminatorio, menos aún podrá hacerlo la Mesa de Contratación *motu proprio*.

Por ello solicita que se declare nula de pleno derecho la resolución impugnada, acordando retrotraer el procedimiento al momento anterior a la baremación del apartado de “criterios sociales”; y continúen el procedimiento a partir de ese momento, procediendo a la correcta baremación de dicho apartado conforme a los pliegos de la licitación, y realicen una nueva adjudicación conforme a las correctas puntuaciones obtenidas por las empresas participantes.

SÉPTIMO.- Con fecha 7 de noviembre de 2018 el ayuntamiento de Tudela incorpora sendos escritos a los expedientes de las dos reclamaciones.

En el que se incorpora al expediente de la reclamación formulada por doña M. N. O. F., tras reconocer que *“El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma por persona legitimada y sobre objeto y motivo previsto en los artículos 122 a 124 de la LFCP”* añade que *“tiene identidad de objeto con el recurso planteado ante este mismo Tribunal Administrativo de Contratos R084/2018, los interesados son los mismos, e incluso se han presentado en este último alegaciones con el mismo contenido que el recurso objeto de este informe por lo que procedería la acumulación de los dos recursos amparada en el art. 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*.

En cuanto al fondo de la reclamación el Ayuntamiento afirma que el concepto de trabajador fijo está determinado en el Estatuto de los Trabajadores en el sentido de entender que es fijo aquel que tiene un contrato indefinido que no tiene carácter temporal. Así se desprende, señala, de la lectura del artículo 15 que en su párrafo 1º clasifica los contratos en función de su duración en dos categorías: Indefinidos o de duración determinada y un poco más adelante, en los párrafos 2º, 5º y 8º aparece el término fijo para asignar la categoría de contratos indefinidos a aquellos contratos temporales realizados contra las normas (por superar el plazo máximo de temporalidad, por no dar de alta en seguridad social...). En el mismo sentido el artículo 43.4 E.T. atribuye a los trabajadores a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria.

También afirma que el artículo 64.6 LFCP, al exigir con carácter general una ponderación mínima del 10% de los denominados “criterios sociales”, tiene como finalidad favorecer la responsabilidad social de la empresa para con sus empleados, no las ventajas sociales que pueda otorgar a los propios titulares de la empresa que, como órganos decisorios de la misma, pueden tomarse todos los beneficios que deseen, siendo su “*ratio legis*” el esfuerzo empresarial para otorgar beneficios sociales a terceros contratados. Ningún mérito adquiere quien se mejora sus propias condiciones, afirma, por lo que la Mesa, con el mejor de los criterios decidió correctamente la valoración de la empresa recurrente, otorgando cero puntos a la licitadora que no tenía trabajadores por cuenta ajena. Por ello solicita que se desestime la reclamación.

En similares términos se manifiesta el Ayuntamiento en el escrito que incorpora al expediente de la reclamación presentada por SODENA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Tudela, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, las decisiones que adopte la citada entidad en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- Las reclamaciones han sido interpuestas por personas legitimadas al tratarse de personas participantes en la licitación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de las reclamaciones se ha realizado en la forma y en el plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- Las reclamaciones se fundamentan en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia y transparencia en

la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP, y el acto impugnado es uno de los actos susceptibles de reclamación conforme al artículo 122.2 de la misma norma.

QUINTO.- Frente al mismo acto administrativo, la adjudicación de un contrato público, se han interpuesto sendas reclamaciones especiales, resultando evidente la existencia de una íntima conexión entre ambos procedimientos que justifica su tramitación y resolución acumulada por este Tribunal al amparo de lo establecido en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

La existencia de una íntima conexión entre ambas reclamaciones, que justifica su tramitación y resolución acumulada tal y como constante jurisprudencia ha exigido (sentencias del Tribunal Supremo de fecha 6 de mayo de 2011 y de 30 de noviembre de 1999), se evidencia en la repercusión que la admisión a trámite y eventual estimación de la primera de ellas provocaría en la segunda, que quedaría sin efecto; por el contrario, en caso de inadmisión o desestimación de la primera, sería entonces cuando cobraría sentido el análisis de la segunda reclamación.

SEXTO.- El acto objeto de impugnación está constituido por el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela en Sesión celebrada con fecha 11 de octubre de 2018, en cuya virtud tiene lugar la adjudicación del contrato para la prestación del servicio de visitas guiadas, realización de sesiones de la Cámara Oscura, atención al público y control de ventas de entradas.

En atención a las razones expuestas en el fundamento de derecho precedente comenzaremos resolviendo la reclamación interpuesta por SEDENA frente al citado acto de adjudicación del contrato; y ello habida cuenta de la incidencia que el pronunciamiento sobre la misma tiene en relación con la segunda de las reclamaciones interpuesta frente al mismo acto administrativo.

El escrito de interposición de la reclamación formulada por SEDENA pone de relieve que la impugnación del acto de adjudicación del contrato trae causa de que la reclamante estima la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho en los criterios de adjudicación de carácter social previstos en el pliego regulador; si bien dicha cláusula del Pliego no ha sido impugnada previamente, dentro del plazo legalmente señalado al efecto cuando éste fue publicado.

Alegada por el poder adjudicador la procedencia de la inadmisión de la reclamación por haber sido interpuesta de forma extemporánea – derivada del hecho de que la reclamante no impugnó el pliego que establece tales criterios en el momento procedimental oportuno - , debe examinarse, en primer término, la concurrencia o no de la alegada causa de inadmisión, toda vez que de su resultado depende el análisis del fondo de las pretensiones ejercitadas.

Ciertamente, nos encontramos frente a una impugnación indirecta del Pliego regulador – concretamente de los criterios de adjudicación de carácter social fijados en su cláusula novena - a través de un acto de aplicación del mismo como es el acuerdo de adjudicación del contrato. Extremo que impone, en primer lugar, determinar cuál es el alcance de la posibilidad de impugnar los pliegos a través de sus actos de aplicación en relación con la excepción alegada sobre la eventual extemporaneidad en el ejercicio de la acción de impugnación.

Este Tribunal ha puesto de manifiesto de manera reiterada – por todos, Acuerdo 64/2016, de 28 de diciembre - que el pliego constituye la ley del contrato, de forma que si no es impugnado en su momento, sus cláusulas quedan consentidas 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 tal Pliego; y ello como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades como el denominado “pacta sunt servanda”, con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios, tal y como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 en la que se afirma

que *“esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía”*.

En consecuencia, la falta de impugnación de los pliegos hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación, tanto más cuando existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante la reclamación frente a los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

Así lo ha recogido la jurisprudencia que resume la Sentencia de la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 2016: *“(…) Como hemos expuesto y puso de manifiesto el TARCR, en el supuesto enjuiciado la impugnación tuvo lugar con ocasión de la adjudicación del contrato, sin que se hiciera cuestión alguna o fueran recurridos con anterioridad los Pliegos. Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011, FJ 9º) que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06), «el pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo».*

Por ello, no es posible impugnar los pliegos de cláusulas con ocasión o con posterioridad a la adjudicación del contrato, ya que se presume la aceptación de los

mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que «[e]l pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus “propios actos” [...]»; Así lo hemos reiterado en SsAN de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013, FFJJ 3º).

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno los pliegos que no ha combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la adjudicación del contrato, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato».

Lo dicho nos lleva a confirmar el acuerdo del TARCR, sin más razonamientos y sin que proceda que esta Sala se pronuncie sobre el contenido de los pliegos y sus condiciones, toda vez que en este caso no pueden ser objeto de revisión con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación, rechazando con ello las subsidiarias pretensiones formuladas puesto que exceden del objeto del presente recurso. (...)

La única excepción a esta doctrina es que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho en los Pliegos, con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto. Interpretación sobre la que el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), destaca que “*toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya*

preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación";

Por tanto, en los supuestos de impugnación de los pliegos a través de sus actos de aplicación, tal y como pusimos de relieve en nuestro Acuerdo 61/2017, de 6 de octubre, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general, con la consiguiente inadmisión de la reclamación formulada. Imponiéndose un análisis, caso por caso, no sólo del vicio de nulidad de pleno derecho alegado frente al pliego una vez caducado el plazo de interposición de la reclamación contra el mismo, sino también de si la concreta impugnación en tal sentido ejercitada conculca el principio de buena fe antes citado.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 20/2012, de 14 de junio, sobre la posibilidad de impugnación indirecta del pliego cuando concurre vicio de nulidad de pleno derecho indica lo siguiente: *"(...) En tales términos es evidente que en la aplicación de las cláusulas del pliego no queda garantizada la necesaria igualdad, ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas presentadas. En consecuencia, debemos plantearnos la cuestión de si tal cláusula es de aplicación obligatoria a pesar de todo, o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta.*

A estos efectos, es doctrina reiterada de este Tribunal desde su Acuerdo 14/2011, de 19 de julio, que una vez aceptado y consentido el PCAP— ley por la que se rige el procedimiento licitatorio — el mismo deviene firme, y no cabe ya cuestionar ninguno de sus extremos, conforme a la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo, siempre que no se aprecien vicios determinantes de nulidad de pleno derecho.

Y esto es lo que sucede en el caso que nos ocupa, dado que la indebida configuración y posterior valoración del criterio de las mejoras, al alterar el principio inherente a toda licitación pública de igualdad de trato implica un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). Este es, por lo demás el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución dictada el 20 de julio de 2011, por la que se resolvía el recurso 155/2011 y, más recientemente, en la de 21 de marzo de 2012, por la que se resuelve el recurso 44/2011, en la que ha señalado: (...)

Así las cosas, es indudable que, como dijimos en nuestra resolución 5/2012, de 5 de enero, por la que resolvimos el recurso 317/2011, “la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de igualdad que debe ser conocida por este Tribunal sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras”. Afirmación esta última que no puede entenderse como una contradicción de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con la impugnación de los pliegos pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho. Y no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio. En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley.

Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que

permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”.

El mismo Tribunal Administrativo en su Acuerdo 94/2015, de 26 de octubre de 2015 indica que “(...) *Pues, como pone de manifiesto la doctrina más autorizada, la negación general de la posibilidad de impugnar las bases una vez que se ha presentado la oferta no cohonesta con las Directivas de recursos. Lo que se explica porque no siempre es sencillo detectar las posibles infracciones de las reglas del procedimiento antes de la presentación de las ofertas. La efectividad de la Directiva de recursos, exige poder depurar las ilegalidades de los pliegos —que el licitador advierte en un momento posterior al conocimiento de éstos— cuando se valora la oferta y se aplican los criterios de adjudicación. Es entonces cuando se produce la lesión en sus derechos. Se trata, afirma la doctrina, de considerar que el efecto útil de la Directiva de recursos queda cercenado, si determinadas previsiones de un pliego —que aún no causan lesión efectiva en los derechos de los licitadores, ni impiden su participación en la licitación, pero que, efectivamente, son contrarias a los principios básicos de la contratación pública— no pueden ser recurridas cuando es notificado el acto de adjudicación, o el acto de exclusión, que es cuando se produce la lesión efectiva en los derechos del licitador (...) no es admisible, en contra del efecto útil de la Directiva de recursos, una interpretación del artículo 145.1 TRLCSP que supone consentir causas de nulidad de pleno derecho, o infracciones de los principios básicos de la contratación pública, por presumir el consentimiento o aquiescencia del licitador, por su mera participación en la licitación sin recurrir el pliego (...)”*

Como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 27 de mayo de 2015 “(...) *La primera cuestión que debemos valorar es si es posible que, sin haber impugnado el pliego de cláusulas en su día, ahora, en el momento de la resolución de la adjudicación, pueda hacerse valer una pretensión de nulidad que deriva y es el fruto de la aplicación de esas cláusulas, que, ya se ha dicho, en su día fueron aceptadas por la licitante.*

Decíamos en la sentencia 64/2012 de 31 de enero “Como expresan las sentencias del TS de 24 de enero de 2006 (RJ 2006 , 2726) , 28 de junio de 2004 (RJ

2004, 5448) y 26 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 840) entre otras, en materia de concursos, el pliego de condiciones se constituye en la Ley del concurso y que aunque la Administración pueda tener potestad discrecional de acuerdo con los términos del concurso, esta no puede confundirse con la arbitrariedad, y matiza la sentencia de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448) que, “Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158), puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación”

Lo mismo ha reconocido esta misma Sala en Sentencias nº 898/2012 y 899/2012 ambas de 19 de diciembre que recogen la Sentencia del TS de 19 de marzo de 2001 (Ponente Sr. Ramón Trillo) Por lo tanto, no existe obstáculo en que al tiempo de la adjudicación pueda examinarse un vicio de nulidad de pleno derecho que derive de la aplicación del Pliego de Cláusulas que pudiera haber incidido en ese acto administrativo sin que previamente se hubieran impugnado estas, y es que el carácter de nulidad radical que se denuncia de las causas contempladas en el artículo 62 de la ley 30/1 992 precisamente es lo que permite dicha posibilidad, lo que no ocurre si el vicio es de mera anulabilidad conforme a lo establecido en el artículo 63 de la LRJ (...).”

En consecuencia, la posibilidad de que con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación del contrato se cuestionen previsiones contenidas en los pliegos no impugnados en su momento queda restringida a la concurrencia en los mismos de

supuestos de nulidad de pleno derecho; tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 711/2018, de 27 de julio:“(…) Este Tribunal ha venido ya a sentar una consolidada doctrina sobre la posibilidad de invocar cuestiones relativas a los pliegos con ocasión del recurso formulado contra el acuerdo de adjudicación, doctrina que se basa en el principio general de prohibición de ir contra los actos propios, pero también en la literalidad del artículo 145 del TRLCSP que a este respecto señala: “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”

La aplicación de dicho precepto implica, por tanto, que una vez presentada la oferta, sin impugnar los pliegos que rigen la contratación, el licitador ha de estar y pasar por lo allí establecido sin que pueda ya cuestionarse la legalidad de los pliegos, salvo que se trate de un supuesto de nulidad radical. Así se señala en la resolución 408/2015:

“Efectivamente, el Tribunal viene aplicando la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, la aceptación incondicional de los Pliegos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación: “Respecto al cuestionamiento del contenido de los pliegos por parte de la recurrente este Tribunal coincide con el órgano de contratación en que dicha fundamentación resulta absolutamente extemporánea, habiendo reiterado en Resoluciones anteriores la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. Conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, ‘las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.’ (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, ó 19/2014, de 17 de enero, 931/2014, de 18 de diciembre, entre otras muchas). De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en

plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos: “los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho” (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras). Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho (con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto), no cabe argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos cuando éstos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, Resolución 502/2013, de 14 de noviembre).”

Por lo tanto, solo en la medida en que el vicio invocado constituya un supuesto de los que determina la nulidad radical del pliego, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del TRLCSP, cabrá proceder a su revisión en esta fase procedimental. Pasamos entonces al análisis de los distintos motivos (...).”

Examinados los motivos de impugnación esgrimidos en el escrito de reclamación, resulta evidente que se invoca la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho en los criterios de adjudicación de carácter social previstos en el pliego, concretamente la vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública – infracción derivada de la alegada ausencia de vinculación de tales criterios con el objeto del contrato e incardinada, efectivamente, en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 116.2.a) LFCP - , justificando de este modo su revisión en la resolución de la presente reclamación. Y si bien es cierto que, tal y como alega la entidad contratante, la redacción del pliego es clara al determinar cómo se aplica la puntuación de los criterios sociales, no lo es menos que, además de la nulidad de pleno derecho alegada, la incidencia de la aplicación de tales criterios sociales en la selección de la oferta con

mejor calidad precio, en atención a la ponderación atribuida a los mismos, se ha revelado con ocasión de la valoración de las distintas ofertas, es decir, con posterioridad a la aprobación y publicación del pliego regulador.

Así pues, trasladando los criterios jurisprudenciales citados al caso concreto que nos ocupa, debe rechazarse la excepción de inadmisión invocada de contrario, procediendo, en consecuencia, el análisis y resolución de las cuestiones de fondo planteadas en la reclamación interpuesta.

SEPTIMO.- Alega la reclamante la nulidad de pleno derecho de los criterios de adjudicación de carácter social por entender que no están vinculados al objeto del contrato, resultar discriminatorios y no garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva; apuntado, asimismo, que los concretos criterios sociales previstos en el pliego regulador son, conforme al artículo 99 LFCP, criterios de desempate, no criterios de adjudicación.

Sostiene, en este sentido, que si bien es cierto que el artículo 64.6 LFCP exige o parece exigir en todo caso la existencia en los pliegos de criterios de carácter social con una ponderación mínima de un 10% sobre el total de puntos, no lo es menos que no cabe incluir en la pliegos cualesquiera criterios sociales, puesto que los mismos han de estar vinculados al objeto del contrato, de tal manera que a través de su exigencia y evaluación se permita conocer, no las condiciones o características previas de la empresa, sino la oferta con mejor calidad relación-precio.

La entidad contratante, en el informe de alegaciones en defensa de la legalidad del acto objeto de impugnación, ninguna consideración realiza sobre tal extremo, más allá de indicar que la infracción denunciada no se encuentra en ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 116 LFCP, apuntando que el hecho de que los dichos criterios de adjudicación no tengan relación con el objeto del contrato constituiría un motivo de anulabilidad que, en ningún caso, facultaría para reclamar fuera del plazo previsto. Argumentación que no puede ser acogida en atención a lo razonado anteriormente en el sentido de que la ausencia de vinculación de los criterios

de adjudicación con el objeto de contrato constituye un vicio de nulidad de pleno derecho; cuestión distinta será la conclusión que se alcance en relación con la efectiva vinculación o no de los criterios controvertidos con el objeto del contrato, que abordamos a continuación.

Expuestas las posiciones de las partes procede el examen de la controversia planteada, que se circunscribe a determinar si los criterios de adjudicación de carácter social previstos en el pliego regulador del contrato están vinculados al objeto del contrato y, en caso de no ser así, determinar las consecuencias jurídicas de tal circunstancia. Análisis que aconseja realizar, con carácter previo, ciertas precisiones en relación con la inclusión de las cláusulas sociales como criterios de adjudicación de los contratos públicos y los requisitos que los mismos deben, en cuanto tales criterios de adjudicación, reunir para resultar ajustados a derecho.

Sobre la inclusión de criterios sociales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos, el Preámbulo de la LFCP pone de manifiesto que *“De acuerdo con la “Estrategia Europa 2020”, la contratación pública desempeña un papel muy relevante como instrumento que debe colaborar a que emerja un modelo de desarrollo económico que genere altos niveles de empleo, productividad y cohesión social, al tiempo que se garantiza un uso eficiente de los fondos públicos. En este marco, las Directivas contemplan objetivos tendentes a alcanzar esta finalidad, como son promover un mercado más competitivo, facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y proporcionar herramientas para la utilización de la contratación pública como un instrumento en las políticas sociales, ambientales o de investigación, todo ello con afán de modernización teniendo en cuenta el contexto de globalización económica.*

Estos son por tanto, los objetivos que comparte esta ley foral y que pretende adaptar al ordenamiento jurídico navarro, de forma que resulten plenamente aplicables. (...)

La utilización de la contratación pública como un instrumento en la política de igualdad de género, social, ambiental o de investigación cobra ahora mayor relevancia puesto que se ha entendido que las mismas tienen relación directa con el interés

general y suponen una forma adecuada de utilizar los fondos públicos más allá de la concreta finalidad que pretenda satisfacer cada contrato. Por ello, se establecen en esta ley foral lo que pueden denominarse “cláusulas horizontales” en estos ámbitos: el cumplimiento de la normativa de igualdad de género entre mujeres y hombres, social, laboral y medioambiental debe ser vigilada y exigida en todas las fases del contrato, desde la selección de licitadores hasta la ejecución del mismo y los incumplimientos de estas exigencias pueden justificar tanto la exclusión de un procedimiento como el rechazo de una oferta o la resolución de un contrato ya adjudicado.(...)”.

Debemos advertir que, en cualquier caso, la inclusión de dicha tipología de criterios entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe, obviamente, respetar las condiciones y limitaciones que, con carácter general se aplican a los criterios de adjudicación – recogidas en el artículo 64.1 LFCP y que nuestra doctrina y Jurisprudencia proclaman de forma reiterada -, a saber, la exigencia de vinculación del criterio con el objeto del contrato, garantizar la transparencia el procedimiento dando publicidad a los criterios de valoración mediante su incorporación a los pliegos, su formulación objetiva, concreta y clara, de forma que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma, y garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva comprendiendo especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación establecidos.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, contiene diversas referencias a los criterios sociales y su introducción en las distintas fases de los contratos y, en particular, como criterio de adjudicación. Así, su Considerando 40 indica que *“El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente*

bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado”.

A su vez, el Considerando 99 indica que *“Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios”.*

Por su parte, el artículo 67, al regular los criterios de adjudicación de los contratos, establece que *“1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa...*

2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos,

medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución (...)” .

Tal y como razona la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de febrero de 2018, en relación con el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, “*sólo cuando guarden conexión con el objeto del contrato, la Directiva permite tener en cuenta criterios sociales a la hora de adjudicar el contrato. En concreto, la doctrina sostiene que es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que los criterios estén vinculados al objeto del contrato; b). Que no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada; c) Que estén expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato; y d) Que se atengan a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de los principios jurídicos que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia*”. (...)

Volviendo a los criterios de adjudicación de los contratos (que es el caso que nos ocupa) la regla es que la adjudicación ha de recaer en la oferta económicamente más ventajosa, se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilita la economía de escala a fin de conseguir una óptima eficiencia de fondos públicos

En materia de selección y adjudicación de los contratos hay una serie de principios que, con carácter general, deben ser garantizados: (i) el principio de

publicidad; (ii) el principio de transparencia; (iii) el principio de confidencialidad; (iv) el principio de concurrencia; y (v) los principios de igualdad y no discriminación.

El principio de igualdad implica que todos los licitadores puedan concurrir y dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas. En concreto, la aplicación de éste principio se traduce en varias consecuencias:

"Los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma" - STJCE de 18 de octubre de 2001 (C-19/2000); STJUE de 18 de noviembre de 2010 (C-226/2009) -. Y deben ser comprensibles, pues el hecho de no lo sean o de que "carezcan de claridad puede constituir una infracción de la Directiva" - STJUE de 12 de marzo de 2015 (C-438/13) -.

. Si bien la normativa deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, "tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente" - STJCE de 18 de octubre de 2001 (C-19/2000) -.

No obstante, es posible introducir criterios distintos de los meramente económicos. Pues "no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora". Precisamente por ello, el Tribunal Admite que "la entidad adjudicadora utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa"; siempre que "tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación". Por lo demás, el Tribunal recuerda que los criterios empleados deben ser objetivos - STJCE de 17 de septiembre de 2002 (C-513/1999) -.

La STJUE de 26 de marzo de 2015 (C-601/2013) analiza si la normativa de la UE se opone a que la entidad adjudicadora, para la contratación de servicios de carácter intelectual, establezca un criterio de adjudicación que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros.

La sentencia sienta la doctrina de que "los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo" en la Directiva. Así, pues "dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Sin embargo, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa" Y, además, los criterios de adjudicación deben estar "vinculados al objeto del contrato".

Recogiendo la doctrina contenida en estas y otras sentencias del TJCE, la Directiva 2004/17/CE, en la que se regularon por primera vez las cláusulas sociales, fue clara en su Considerando Primero, al establecer que, con base a la indicada jurisprudencia, los poderes adjudicadores podrían tener en cuenta criterios medioambientales o sociales, "siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales que rigen la contratación administrativa" en el sector público.

La Directiva 2014/24/UE ha regulado la materia, concediendo, como veremos, "un mayor espacio a la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública". En la actualidad, por lo tanto, la viabilidad jurídica de las cláusulas sociales no se pone en cuestión" ahora bien, el portillo abierto por las Directivas a las cláusulas sociales "permite un margen limitado".

En efecto, basta una simple lectura de la Directiva 2014/24/UE para llegar a la conclusión de su idea reguladora básica de la normativa es garantizar la competencia dentro del mercado único europeo.

Y, en la misma línea, nuestro legislador, al trasponer la normativa europea y regular la materia, indica que su intención es garantizar que la regulación "se ajuste a

los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa" - art. 1.1 del (TRLCSF)-. Los acuerdos sociales pueden examinarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la competencia y esta es prevalente, pues pueden dictarse normas que, pese a tener interés social, afecten a la libre competencia, supuesto en que deberá de examinarse si existe o no una infracción de las garantías que configuran la libre competencia.

La inclusión de exigencias de orden social entre los criterios de adjudicación solo procede en aquellos supuestos en los que exista una relación directa entre las especificaciones técnicas del contrato a ejecutar y la cláusula social" y para que pueda establecerse una cláusula de esta naturaleza será necesario por tanto:

-que no se lesione el principio de no discriminación.

-que respeten los principios que inspiran la regulación en la contratación administrativa.

-que, conforme al juego de los principios de publicidad y transparencia, las cláusulas sean publicadas obedezcan a criterios susceptibles de cuantificación, pues, en otro caso, concederían al poder adjudicador un margen de apreciación demasiado amplio, cercano a la libertad de adjudicación, lo que no sería viable.

-que exista vinculación entre la cláusula social y el contrato y proporcionalidad de dicha cláusula. (...)"

Esta doctrina, como expone el Preámbulo de la LFCP, ha quedado recogida en el articulado de dicha norma jurídica, cuyo artículo 2.3, al regular los principios de la contratación pública, dispone que *"En la contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como*

una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Para materializar dicho principio de manera efectiva, los contratos públicos deberán incluir de manera preceptiva criterios de adjudicación, así como requerimientos de ejecución de carácter social o medioambiental”.

Así pues, la incorporación de criterios sociales constituye uno de los principios y objetivos a satisfacer a través de la contratación pública, concretando, en tal sentido, el artículo 64, al regular los criterios de adjudicación, que “1. 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.*

2. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

- a) En el proceso específico de su producción, prestación o comercialización.*
- b) En un proceso específico de cualquier otra etapa de su ciclo de vida.*

3. La determinación de la oferta con la mejor calidad precio se llevará a cabo por cualquiera de las siguientes formas:

a) Atendiendo únicamente a criterios relacionados con la mejor relación coste-eficacia, como pueden ser el precio, el coste del ciclo de vida u otro parámetro.

b) Atendiendo a criterios relacionados con la relación coste-eficacia junto con criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. Los criterios cualitativos podrán referirse, entre otros, a los siguientes aspectos:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas

usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; incluidos los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

2.º La organización, cualificación y experiencia del personal que vaya a ejecutar el contrato, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

3.º El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega y el plazo de entrega o ejecución.

c) Atendiendo únicamente a criterios cualitativos, en cuyo caso el factor coste adoptará la forma de un precio fijo. (...)

6. Los criterios de adjudicación de carácter social deberán tener una ponderación de al menos el 10% del total de puntos, y a tal efecto se valorarán cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, tales como la inserción sociolaboral de personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social; la igualdad de mujeres y hombres; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la participación de profesionales jóvenes y de entidades o sociedades de profesionales de dimensiones reducidas; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; criterios éticos y de responsabilidad social aplicada a la prestación contractual; la formación, la protección de la salud o la participación de las trabajadoras y los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante”.

Así las cosas, una interpretación conjunta e integradora de los preceptos transcritos nos lleva a concluir que el cumplimiento de las previsiones legales citadas en orden a la inclusión de criterios sociales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe, efectivamente, materializarse respetando las exigencias previstas en el apartado primero del artículo 64 LFCP, entre las que destaca la relativa a que los criterios sociales escogidos guarden vinculación con el concreto objeto del contrato; de forma que han de ir referidos necesariamente a la prestación que se contrata, bien a sus características intrínsecas, bien a su modo de ejecución, y ello

conforme a lo dispuesto en el artículo 64.2 LFCP que especifica que se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

En este sentido, el informe 9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado de 31 de marzo, sostiene que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas y concluye que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C - 368/10, señala que *"no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste"* concluyendo que *"nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo"*.

El mismo Tribunal en Sentencia de 9 de octubre de 2014 razona que: *"Sin embargo, si bien es cierto que, en el caso de la oferta más ventajosa económicamente, los criterios que pueden estimar las entidades adjudicadoras no se enumeran de forma limitativa en el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37 [...] y que esta norma, por lo tanto, deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación que consideren preferibles, no lo es menos que dicha elección sólo puede referirse a criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente. Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión (véase, por analogía, la sentencia [...] Lianakis y otros, C-532/06,*

[EU:C:2008:40], apartados 29 y 30, y la jurisprudencia citada)." Añadiendo en su sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2016 que "los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato y tener como finalidad la determinación de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración contratante, sin que quepa incluir criterios de carácter social, como la estabilidad en el empleo, salvo que estos estuvieran efectivamente vinculados al objeto del contrato y supongan una mejor relación entre la calidad y el precio".

El apartado tercero del artículo 67 de la Directiva, cuya transposición al ordenamiento jurídico foral se efectúa en el artículo 64.2 LFCP anteriormente transcrito, especifica que "Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material."

En relación con esta concreta previsión de la Directiva, la Resolución 52/2017, de 28 de abril, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi razona que esta definición de la vinculación del objeto del contrato, inspirada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea anterior a la Directiva 2014/24 (ver el apartado 91 de la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, "Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos", ECLI:EU:C:2012:284) permite que un criterio de adjudicación valore un aspecto de la prestación no incorporado a sus características físicas (por ejemplo, en la citada sentencia se acepta valorar que el café suministrado que se pretende adquirir proceda de productores en régimen de comercio justo, lo que es indiferente para sus propiedades organolépticas), siempre que esté vinculado con los concretos bienes objeto del suministro y relacionado con una fase de su ciclo de vida (en el caso de la sentencia, la fase de comercialización).

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía 112/2018, de 25 de abril, que analizando las previsiones contenidas en la Ley 9/2017, de 8 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato – regulación similar a la contenida en el artículo 64.2. LFCP -, pone de relieve que *“Queda claro, pues, a la luz de ambos textos legales -TRLCSP y Ley 9/2017, de 8 de octubre-, que el criterio se hallará vinculado al objeto contractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundará en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas (...).”*

Sentado lo anterior, cabe recordar que los criterios de adjudicación, también los de carácter social, deben respetar, en todo caso, el principio de igualdad y no discriminación entre las empresas licitadoras como ya determinó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-225/98, en el que afirmó que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que ésta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes.

Así las cosas, la vinculación con el objeto del contrato deviene en condición necesaria a la hora de enjuiciar la legalidad de los criterios de adjudicación de carácter social previstos en los pliegos, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 660/2018, de 6 de julio: *“(...) Antes que nada, debemos de advertir con carácter general que la regulación de los criterios sociales y medioambientales en la Ley 9/2017, así como también en la Directiva transpuesta, no constituye precisamente un modelo de claridad y precisión sino más bien al contrario, pues mientras, por ejemplo el art. 1.3 de la Ley dispone la aplicación en toda la contratación pública "de manera transversal y preceptiva" de criterios*

sociales y medioambientales y éstos se aplican efectivamente en el artículo 145.2 de manera amplísima y sin restricción porcentual alguna, se exige por otro lado que estos criterios estén vinculados al objeto de contrato en la forma establecida por el art. 145.6 de la Ley, es decir refiriéndose siempre a "las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato", además de que deberán lógicamente respetarse los principios de libertad de acceso, igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, "salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa", proclamados en el artículo 1.1 de la Ley, facilitándose asimismo (artículo 1.3) "el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas y de las empresas de economía social" .

Principios que deben conjugarse todos ellos simultáneamente a la hora de enjuiciar la legalidad de los criterios propuestos, lo que no resulta precisamente fácil y puede dar lugar a interpretaciones divergentes (...)".

OCTAVO.- Expuestos los parámetros interpretativos, procede analizar los criterios de adjudicación de carácter social incluidos en la cláusula novena del Pliego regulador, en orden a comprobar si en su determinación se han respetado las consideraciones expuestas.

El Pliego regulador del contrato en lo que respecta a los criterios de adjudicación, dispone que *"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril. De Contratos Públicos, el contrato se adjudicará al licitador que presente la oferta con la mejor calidad precio en su conjunto, atendiendo para ello a los criterios de esta cláusula.*

En caso de que se produjera empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se resolverá según lo establecido en el artículo 99 de la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos, en el orden siguiente:

- 1. El mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33%, siempre que la empresa o profesional tenga en plantilla un porcentaje superior al 2% de trabajadores con discapacidad, en el momento de la acreditación de su solvencia.*
- 2. La consideración de empresa de inserción, de acuerdo con la Ley 44/2007, de*

13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción o la normativa vigente en dicho momento.

3. El menor porcentaje de trabajadores eventuales, siempre que éste no sea superior al 10%.

4. La acreditación de la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género.

5. El carácter de entidad sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, en los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial.

6. El reconocimiento como organización de comercio justo en los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo.

A tal efecto, la unidad gestora del contrato requerirá la documentación pertinente a las empresas afectadas, otorgándoles un plazo de cinco días naturales para su aportación. En los casos en que aplicación de los criterios anteriores persistiera el empate, éste se resolverá mediante sorteo.

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación son:

a) Oferta económica (hasta 50 puntos) (...)

b) Criterios cualitativos. (hasta 40 puntos) (...)

c) Criterios sociales (Hasta 10 puntos)

1.- Porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33 % (hasta 6 puntos)

La empresa licitadora con mayor porcentaje obtendrá la mejor valoración. A cada una de las restantes empresas se le dará la puntuación proporcional según la siguiente fórmula: (...)

2.- Porcentajes de trabajadores eventuales (hasta 4 puntos)

La empresa licitadora con menor porcentaje obtendrá la mejor valoración. A cada una de las restantes empresas se le dará la puntuación proporcional según la siguiente fórmula: (...)”.

Como puede observarse, el 10% de la puntuación total de los criterios de valoración se atribuye al mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33 % y al menor porcentaje de trabajadores eventuales con que cuente la licitadora en su plantilla.

El órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de escoger y determinar los criterios de adjudicación que va a aplicar en orden a la adjudicación del contrato, siendo la enumeración de los criterios de adjudicación de carácter social contenida en el artículo 64.6 LFCP de carácter ejemplificativo, tal y como se desprende de la expresión de cierre del citado precepto cuando apunta a “*otros de carácter semejante*” a los enumerados. Si bien dicha facultad discrecionalidad encuentra su límite, por imperativo del mismo precepto, en la necesidad de que los criterios fijados se hallen vinculados al objeto del contrato; de forma que las cuestiones de carácter social a valorar deberán ser concretadas caso por caso, en función del específico objeto del contrato de que se trate.

Asimismo, debemos advertir que la vinculación de los criterios de adjudicación – también de los de carácter social – debe ir, conforme a lo dispuesto en el artículo 64.2 LFCP, referida a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida; previsión que permite concluir que no existe tal vinculación cuando los criterios previstos se refieren a circunstancias relativas a la licitadora y no a la oferta presentada.

Así, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 531/2017, de 16 de junio, pone de relieve que “*Debemos recordar que el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso. Ahora bien, esta facultad tiene su límite en la exigencia de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora*”; concluyendo que “*no resulta posible utilizar como criterios de adjudicación características de las empresa no vinculadas con la prestación que es objeto del contrato*”.

El Considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, determina que “*No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos*

a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa”.

Como recuerda la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña en su Informe 18/2014, de 7 de diciembre, *“la necesaria vinculación con el objeto del contrato excluye la posibilidad de valorar, por ejemplo, en un contrato de servicios, aspectos de las condiciones de salud en el trabajo de, en general, todas las personas trabajadoras de una empresa o la realización, también en general, de actividades de fomento de hábitos saludables o de promoción del desarrollo personal por parte de las empresas licitadoras al margen del servicio que conforme el objeto”.*

Así las cosas, el examen sobre la vinculación de un criterio social con el objeto del contrato debe realizarse caso por caso, a cuyos efectos resulta más que conveniente incorporar la justificación de tal vinculación en el expediente de contratación.

Trasladando las consideraciones referidas a los concretos criterios sociales previstos en el Pliego regulador, en cuanto al primero de ellos - el mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33% - es evidente que se trata de una circunstancia que caracteriza a la empresa licitadora y no a la oferta formulada; de donde no cabe sino concluir la inexistencia de vinculación o relación con el objeto del contrato. Extremo éste que no sólo no está justificado en el expediente sino que ni siquiera se intenta justificar por parte del órgano de contratación en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal. Sin que, por otro lado, pueda siquiera intuirse en qué medida dicho aspecto repercute en la calidad de la concreta prestación contratada.

En este sentido, el Informe 53/2008, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en relación con el establecimiento como criterio de adjudicación el número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato, expone que *“(…) Cuestión diferente es la de si con arreglo a la Ley sería posible establecer, aunque sea*

voluntariamente por cada órgano de contratación, el criterio de adjudicación que se pretende. A este respecto ha de tenerse en cuenta que la Ley sólo exige el requisito de que los criterios a utilizar estén directamente vinculados al objeto de contrato, con lo que para determinar si es admisible o no como criterio de adjudicación la exigencia de que a la ejecución del contrato se dedique un número mínimo de trabajadores discapacitados, es preciso ante todo aclarar si tal exigencia cumple el requisito mencionado.

En primer lugar, debe decirse que la propia Ley parece seguir un criterio contrario a la posibilidad de incluir esta exigencia como criterio para la valoración de las proposiciones, toda vez que en la disposición adicional sexta le atribuye la virtualidad de otorgar preferencia en caso de empate entre dos o más proposiciones, con lo cual parece dar a entender que excluye la posibilidad de considerarlo como criterio de adjudicación (...)”.

Idéntico razonamiento debemos realizar sobre el segundo de los criterios sociales, relativo a menor porcentaje de trabajadores eventuales de la empresa licitadora, por referirse, igualmente, a las características de la propia empresa y no a la oferta, no apreciándose vinculación con el objeto del contrato.

En esta línea, el Informe 44/1998, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, razona que *“En cuanto a los criterios de estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, de porcentaje de trabajadores con contrato indefinido y de las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato es evidente que constituyen características de las empresas que no pueden funcionar como criterios de adjudicación en el concurso, sobre todo, dado que pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías laborales de la legislación española o que se verán imposibilitados o en condiciones muy difíciles de cumplir, para acreditar que concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos”*.

Desde esta perspectiva, los criterios de adjudicación de carácter social establecidos en el Pliego regulador, en la medida en que se refieren a las características

de la propia empresa licitadora, no aportan ninguna ventaja directa a los servicios cuya prestación constituye el objeto del contrato, no mejoran su calidad o cualidades intrínsecas ni favorecen la ejecución del contrato; motivo por el cual no cabe sostener su vinculación o relación con el objeto del contrato al que se contrae la presente reclamación. Resultando, además, que el hecho de ir referido a las características de la licitadora y no a la oferta a realizar en orden a la ejecución del contrato a adjudicar a través de su valoración puede suponer un obstáculo a la libre competencia, favoreciendo a las empresas licitadoras que cuenten con personal de tales características en su plantilla, sobre otras que no lo reúnan, en atención, exclusivamente, a tal circunstancia que nada tiene que ver con la ejecución de la prestación a contratar.

Al hilo de lo anterior, tal y como indica la reclamante, el artículo 99 LFCP prevé tales criterios en orden a su aplicación para resolver empates en la valoración de las ofertas, siempre que así se haya previsto en el pliego, como sucede en el caso que nos ocupa. Circunstancia que evidencia, igualmente, la inexistencia de vinculación con el objeto del contrato, habida cuenta que una de las características que diferencia los criterios de desempate o preferencia de los criterios de adjudicación es, precisamente, que los primeros no precisan de tal vinculación.

Así las cosas, la ausencia de vinculación de los criterios de adjudicación de carácter social previstos en el pliego con el objeto del contrato determina su nulidad de pleno derecho, en la medida en que, tal y como recuerda el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 4/2016, de 11 de enero, la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora; siendo, por tanto, la función de tales criterios de adjudicación evaluar la calidad intrínseca de las ofertas respetando los principios comunitarios, lo cual supone, dato de especial relevancia, que deben tener relación directa con el objeto del contrato, sin que puedan incurrir en discriminación. Resultando, en consecuencia, que los supuestos como los que nos ocupan en que los criterios de adjudicación no respetan tal exigencia de vinculación suponen una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación; principios rectores en materia de contratación cuya conculcación constituye un vicio de nulidad de pleno derecho conforme a lo previsto en los artículos 116.2.a) LFCP y 47.1.a) LPACAP.

NOVENO.- La conclusión alcanzada determina la estimación de la reclamación interpuesta y, por ende, la nulidad del acto de adjudicación impugnado y de los citados criterios de adjudicación, y la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación, tal y como razona la citada Resolución 52/2017, de 28 de abril, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que concluye que *“Habida cuenta de los apartados de los pliegos que se anulan y de su importancia, debe cancelarse la licitación para que, si el órgano de contratación lo estima oportuno, se inicie un nuevo procedimiento de adjudicación con una documentación contractual que se ajuste a lo establecido en esta Resolución. En particular, la anulación de un criterio de adjudicación conlleva la cancelación de todo el procedimiento de licitación pues según la jurisprudencia europea (STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C: 2003:651, apartados 92 a 95), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”*.

Del mismo modo, y según hemos avanzado en el fundamento de derecho quinto del presente acuerdo, la estimación de la reclamación interpuesta por SEDENA determina la desaparición del objeto de la reclamación especial interpuesta por doña M. N. O. F. frente al mismo acto administrativo; procediendo, en consecuencia, el archivo de la misma.

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. Acumular las reclamaciones especiales en materia de contratación pública formuladas por don J. O. J., en nombre y representación de la Compañía Mercantil “SEDENA, S.L.”, y por doña M. N. O. F. frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de fecha 11 de octubre de 2018, por el que se adjudica a “ODOS SERVICIOS CULTURALES, S.L.”, el contrato de visitas guiadas, realización de sesiones de la Cámara Oscura, atención al público y control de ventas de entradas desde el 6 de octubre de 2018 al 29 de diciembre de 2019. Frente a esta decisión no procede recurso alguno.

2º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don J. O. J., en nombre y representación de la Compañía Mercantil “SEDENA, S.L.”, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de fecha 11 de octubre de 2018, por el que se adjudica a “ODOS SERVICIOS CULTURALES, S.L.”, el contrato de visitas guiadas, realización de sesiones de la Cámara Oscura, atención al público y control de ventas de entradas desde el 6 de octubre de 2018 al 29 de diciembre de 2019; declarando la nulidad de pleno derecho de los criterios de adjudicación de carácter social comprendidos en la cláusula novena del Pliego regulador y, por ende, la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

3º. Disponer el archivo de la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por doña M. N. O. F. frente al mismo acto administrativo, por haber desaparecido el objeto de la misma como consecuencia de la estimación de la reclamación referida en el resolutivo segundo del presente Acuerdo.

4º. Notificar este Acuerdo a “SEDENA, S.L.”, a doña M. N. O. F., al Ayuntamiento de Tudela y a cuantos figuren como interesados en el procedimiento y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

5º. 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, 21 de noviembre de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.