



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -2º

31003 PAMPLONA

Tfnos. 848 42 29 73

Fax 848 42 29 68 – 78

E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expte. 44/2014

ACUERDO 51, de 23 de diciembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don E.T.B.E., en nombre y representación de “SEDENA, S.L.”, frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de 29 de octubre de 2014 por el que se le excluye de la licitación, y frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Peralta, de 19 de noviembre de 2014, por el que se adjudica a la empresa “GESPORT GESTIÓN DEPORTIVA, S.L.” el contrato “Gestión integral de las instalaciones deportivas municipales del Ayuntamiento de Peralta”.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 19 de agosto de 2014 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de la licitación del contrato “Gestión integral de las instalaciones deportivas municipales del Ayuntamiento de Peralta”, convocada por el Pleno del Ayuntamiento de Peralta, en la que presentó una oferta “SEDENA, S.L.”

Por Acuerdo de la Mesa de Contratación de 29 de octubre de 2014 se excluyó a la empresa “SEDENA, S.L.” del proceso de licitación “por incluir datos económicos en su oferta técnica, contraviniendo con ello lo establecido en la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos y en el Pliego de Condiciones Jurídico Económico Administrativas que rigen la contratación”. Dicho acuerdo fue comunicado a la empresa interesada mediante oficio del Presidente de la Mesa de Contratación de fecha 10 de noviembre de 2014.

Con fecha 17 de noviembre de 2014, en el acto de apertura de las ofertas económicas, la Mesa de Contratación entregó a la empresa “SEDNA, S.L.”, a petición de ésta, el acta que contenía el acuerdo por el que se le excluía de la licitación y el Informe de Valoración Técnica del Instituto Navarro de Deporte y Juventud.

Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Peralta, en sesión celebrada el 19 de noviembre de 2014, se adjudicó el contrato a la mercantil “GESPORT GESTIÓN DEPORTIVA, S.L.” Dicho acuerdo fue notificado a la mercantil “SEDNA, S.L.” el día 24 de noviembre de 2014.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de noviembre de 2014, don E.T.B.E., en nombre y representación de la empresa “SEDNA, S.L.”, presenta reclamación en materia de contratación pública contra el acuerdo de la Mesa de Contratación que le excluye de la licitación y subsiguiente Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Peralta de 19 de noviembre de 2014.

Dicha reclamación, en síntesis, se fundamenta en los siguientes motivos:

a) La condición 17ª del Pliego de Condiciones, relativa a la “Presentación de Propositiones” disponía que en el Sobre nº 2 (Oferta Técnica), debía incluirse, particularmente, “Presupuesto detallado de funcionamiento de los tres primeros años de ingresos y gastos con el objeto de presentar cifras realistas”.

b) La condición 21ª del Pliego, relativa a los “Criterios de adjudicación”, recogía, entre otros criterios a valorar dentro de la oferta técnica (sobre nº 2) “Un plan de viabilidad para los próximos cinco años de las instalaciones” y “Cuenta de explotación de la actividad para el año 2015”.

c) El Pliego contaba entre sus documentos adjuntos con el Anexo nº VII, que no era otra cosa que un ejemplo de Cuenta de Explotación de las instalaciones, en la que puede observarse con toda claridad que se detallan para conocimiento de los licitadores todos los gastos y todos los ingresos de la explotación y, entre estos últimos, aunque

desglosado de forma separada, un importe de 80.000 euros cuyo abono correspondía, en concepto de canon al Ayuntamiento de Peralta.

d) Los licitadores tenían que presentar la correspondiente oferta económica (Sobre nº 3), consistente en el canon que el Ayuntamiento había de pagar “para cubrir las pérdidas de la cuenta de explotación”(condiciones 6.2, 17 y 21 de pliego).

Por tanto, considera que era el propio Pliego el que, con toda claridad, exigía incluir en el Sobre nº 2 una cuenta de explotación detallada y realista de ingresos y gastos, asignándose, a mayor abundamiento, una mayor puntuación a quien más detallara, por lo que la entidad reclamante presentó dentro de su oferta el oportuno estudio económico (plan de viabilidad y la cuenta de explotación) en la que detalló todos los ingresos y todos los gastos estimados de la explotación y, entre ellos, el hipotético canon municipal que cuadraba tales presupuestos y cuentas, por importe de 78.900 euros.

Lo señalado le lleva a concluir que “si había de detallarse una hipotética cuenta de explotación con sus ingresos y gastos (como así lo exigía el pliego) era completamente imposible evitar la determinación o inducción del canon que cuadraba esa misma e hipotética explotación (canon que no tiene por qué coincidir con la oferta económica final incluida en el Sobre nº 3)”.

De no ser así, sostiene la mercantil reclamante, no se estaría valorando un plan de viabilidad y una cuenta de explotación detallada y realista, sino una información económica absolutamente irrelevante, ficticia e inservible de la que no puede extraerse consecuencia ni valoración alguna.

De conformidad con lo señalado, entiende la reclamante que su exclusión de la licitación resulta inválida y, en consecuencia, solicita que se reconozca el derecho de que su oferta sea admitida. Subsidiariamente, solicita la declaración de la nulidad de pleno derecho del pliego que ha regido la contratación y, por ende, la nulidad de todo el procedimiento de contratación.

TERCERO.- Con fecha 1 de diciembre de 2014, el Ayuntamiento de Peralta aporta el expediente de contratación junto con un escrito de alegaciones en el que señala que:

a) La exclusión de la oferta de Sedena fue motivada, en primer lugar, en la infracción del artículo 52.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, ya que el precio de la oferta debe mantenerse en secreto hasta el momento de apertura pública. La empresa Sedena incluyó en la cuenta de explotación una aportación del Ayuntamiento de 78.900 €, a diferencia de Gesport que dejó la casilla en blanco.

b) Asimismo, la oferta de la empresa Sedena fue excluida porque en el plan de viabilidad, además de consignar la compensación del Ayuntamiento, le aplicaban un incremento del IPC, que hace que la subvención vaya aumentando hasta superar los 82.000 € anuales, algo que contraviene el Pliego de Condiciones aprobado y que rige la licitación, puesto que en ningún caso la compensación por pérdidas establecida podrá superar los 80.000 €. A dicha cantidad, no es aplicable revisión de precios alguna ni incremento del IPC, que no está establecido en el Pliego puesto que se trata de una compensación por pérdidas en la gestión del contrato con un límite de 80.000 €.

c) Confunde la reclamante la existencia de una aportación de la Administración establecida en el artículo 167 de la Ley Foral 6/2006, con lo que ella denomina canon, que no es otra cosa que lo que paga el adjudicatario a la Administración en el caso de un contrato de arrendamiento, pero estamos ante un contrato distinto, una concesión de servicios, en el que no existe canon alguno. La aportación municipal nunca puede ser objeto de actualización y será año a año, previa presentación de la cuenta de explotación del adjudicatario, cuando se fije a cuánto asciende la aportación del Ayuntamiento de Peralta, con el límite que haya fijado en la oferta económica el adjudicatario y que nunca superará los 80.000 €.

d) El Pliego publicado fue acompañado del Proyecto de Explotación del Servicio y en el que se justificaba el límite de la aportación municipal, conforme a lo establecido

en el artículo 167.3 de la Ley Foral de Contratos Públicos. Ninguna oscuridad ofrecía el Pliego y, por supuesto, se exigía la mayor concreción de ingresos y gastos en la gestión del servicio pero dejando al margen de subvención del Ayuntamiento, que al ser la oferta económica debía permanecer en secreto hasta la fecha de apertura en acto público. Si la empresa Sedena entendía que el Pliego de Condiciones adolecía de oscuridad o contradicción debió recurrir el acuerdo de aprobación de 6 de agosto de 2014, pero no la finalización del proceso cuando su oferta ha sido excluida.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

CUARTO.- Con fecha de 1 de diciembre de 2014 se notifica a los restantes licitadores la reclamación presentada y se les comunica la existencia de un plazo para presentar las alegaciones que consideren oportunas, plazo que transcurre sin que se presente alegación alguna.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Peralta, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la LFCP, las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La LFCP (artículo 210 apartado 2, letra b) contempla un plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación en materia de contratación

pública, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de licitación y de adjudicación por parte de los licitadores.

En este caso, la reclamación se dirige tanto contra el Acuerdo de exclusión dictado por la Mesa de Contratación el 29 de octubre de 2014 como contra el Acuerdo de adjudicación del contrato de fecha 19 de noviembre de 2014, si bien también ésta la fundamenta en la indebida exclusión de su oferta.

Pues bien, en este caso puede parecer que, en principio, la reclamación se ha interpuesto fuera del plazo legalmente establecido ya que se presentan en el Portal de Contratación de Navarra el 26 de noviembre de 2014, es decir, habiendo transcurrido más de diez días desde que se comunicara al representante de la licitadora el resultado de la valoración de las ofertas técnicas presentadas a la licitación.

Así, es cierto que la reclamante tuvo conocimiento de la exclusión de su oferta el día 10 de noviembre de 2014, día en el cuál el Presidente de la Mesa de Contratación le comunica mediante oficio el Acuerdo de 29 de octubre de 2014 dictado por aquella en el sentido referido, comunicación que se le reitera el 17 de noviembre de 2014 al hacersele entrega del Acta correspondiente a la sesión de la Mesa de Contratación de apertura de la oferta económica, con lo cuál, tanto en un caso como el otro, el cómputo del plazo de interposición de la reclamación estaría excedido y la misma resultaría extemporánea y, por tanto, existiría causa de inadmisión de la reclamación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 213.3 a) de la LFCP.

Ahora bien, ni la comunicación de dicha exclusión, trasladada mediante oficio del Presidente de la Mesa de Contratación, ni la entrega del Acta correspondiente al acto en que se acuerda dicha exclusión pueden considerarse notificación fehaciente de la exclusión de la licitación por carecer de los requisitos mínimos exigidos por el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto no contienen el texto íntegro del acto, con indicación de si es o no un a acto definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que

hubieran de presentarse y plazo para interponerlos por lo que, conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 58 citado, esta notificación surtiría efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento y alcance del acto o interponga el recurso que proceda, siempre que contengan el texto íntegro del acto.

Y si bien es cierto que la Mesa de Contratación no está obligada, en principio, por la norma a notificar a los interesados el resultado de la valoración de la oferta técnica sino, únicamente, a comunicar a los asistentes al acto público de apertura de la oferta económica, con carácter previo a ésta, el resultado de la valoración efectuada, tal y como está previsto en el artículo 58 de la LFCP, tratándose de un acto de trámite cualificado, toda vez que impide al licitador excluido continuar el procedimiento, según establece el artículo 107.1 de la Ley de Procedimiento, se impone que la exclusión de la licitación haya sido objeto de notificación fehaciente conforme a los requisitos exigidos legalmente en la norma procedimental aplicable, por lo menos con los mismos requisitos que los exigidos para la notificación de la resolución de adjudicación en el artículo 92.5 LFCP, que remite a dicha legislación reguladora de procedimiento administrativo.

A esta exigencia se refiere también el Informe 22/2009, de 7 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que señala que “En la cláusula 2.2.6. Notificación de los actos de exclusión de la Mesa de Contratación, como ya se indicó en el Informe 5/2009, sería conveniente indicar que tipo de recursos caben contra los actos de exclusión de los licitadores dictados por la Mesa de Contratación y plazos para interponerlos, distinguiendo entre contratos sujetos a regulación armonizada (recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 37 LCSP) y no armonizada (recurso de alzada ante el órgano de contratación establecido en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común “.

Por otra parte, el artículo 210.3 permite dos posibilidades de reclamación contra los actos de exclusión: la reclamación contra el acto de trámite cualificado y la

reclamación contra el acto de adjudicación, que por imperativo del artículo 92.5 LFCP, y tal como se ha señalado, debe ser notificada a todos los interesados de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento, requisito que el Ayuntamiento de Peralta cumplimentó con fecha 24 de noviembre de 2014.

Siendo así, y no habiendo sido notificado fehacientemente al interesado el acto de exclusión de la licitación, únicamente cabía la impugnación del acto de adjudicación que le fue notificado formalmente el 24 de noviembre, por lo que la reclamación interpuesta el día 26 de noviembre de 2004 ha de considerarse interpuesta dentro del plazo legal de diez días naturales.

CUARTO.- Visto lo anterior, impugnándose el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Peralta de 21 de noviembre de 2014 por el que adjudica el contrato, considerando la reclamante que existe infracción de las normas de transparencia en la adjudicación, el motivo está tasado en el artículo 210.3.c) de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La cuestión a dilucidar en la presente reclamación conlleva el análisis de si la exclusión de la reclamante de la licitación ha resultado conforme a derecho.

A este respecto, la Mesa de Contratación, en el Acta de admisión de licitadores de fecha 1 de octubre de 2014 (folio 60 del expediente) señala que” Se procede a la apertura del Sobre 2 y los Sres Miembros acuerdan remitirla para que emitan informe técnico de valoración designado por Gobierno de Navarra, D. José Ignacio Ramirez Lizuain, Técnico de la Subdirección de Infraestructuras del Instituto Navarro de Deporte y Juventud.

Por tanto, la motivación de la causa de exclusión de la mercantil reclamante resulta del informe técnico que asumió la Mesa de Contratación y, posteriormente, la entidad adjudicadora.



En el referido Informe (página 64 del expediente), el Técnico hace constar en el análisis de la valoración técnica de la oferta de Sedema, S.L. referida al apartado de Plan de Viabilidad que “... Reflejan una aportación del Ayuntamiento de 78.900€ que podría condicionar la valoración realizada en esta fase, y por ello hay que valorar si resulta procedente la exclusión del licitador”.

Respecto de la Cuenta de Explotación hace constar que “Plantean incremento moderado del gasto aplicando 1% de IPC y lo mismo ocurre con los ingresos. Reflejan una aportación del Ayuntamiento con un incremento anual del 1% que a partir de 2017 supera el importe máximo de 80.000 €. En consecuencia debe valorarse la inadmisión de su propuesta.

En ese sentido, se puede verificar que la Cuenta de Explotación de los cinco años de gestión de SEDENA, S.L. (Plan de Viabilidad), (folio 67 expediente) aparece en el apartado SUB AYTO del capítulo de Ingresos las siguientes cantidades: 78.900,00 (2015), 79.689,00 (2016), 80.485, 89 (2017), 81.209 (2018) y 82.103, 66 (2019).

El Acta de la Mesa de Contratación reunida el día 29 de octubre para la valoración de las propuestas técnicas, señalaba que “La Secretaria da cuenta del informe elaborado por el técnico del Instituto Navarro de Deporte y Juventud que ha estudiado la documentación presentada por las empresas licitadoras. En el informe se hace constar que la empresa SEDENA, S.L., ha incluido información referente a la proposición económica en la documentación técnica y en concreto en la cuenta de explotación. Ello contraviene lo establecido en el artículo 52.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, ya que el precio de la oferta debe mantenerse en secreto hasta el momento de la apertura pública. Así mismo, en el Pliego de Condiciones se establecía que la proposición económica no podía superar la aportación máxima de 80.000 €. En el estudio del plan de viabilidad referido a los 5 años siguientes, que presenta la empresa SEDENA, la subvención del Ayuntamiento va aumentando hasta superar los 82.000 €, algo que no está contemplado en el Pliego de condiciones aprobado por el Ayuntamiento de Peralta y que rige la licitación.

Por todo ello, los miembros de la Mesa de Contratación, por unanimidad, acuerdan excluir de la licitación a la empresa SEDENA, S.L., por inclusión de datos referentes a la oferta económica en la documentación técnica aportada para su valoración y notificarlo a la empresa licitadora”.

Por otra parte, en el Acta de apertura de las propuestas económicas de fecha 17 de noviembre de 2014 (folio 77 del expediente) se hace constar que: “La Secretaría recuerda el desarrollo del proceso y procede a la lectura del acta técnica de fecha 29 de octubre de 2014 en la que se refleja la exclusión del procedimiento de licitación a la empresa Sedena, por incluir datos económicos en la documentación técnica. Esta circunstancia, pese a no ser necesario, se comunicó a la empresa Sedena y en este acto no se procede a abrir su propuesta económica...”

Asimismo, el Pleno del Ayuntamiento de Peralta en sesión celebrada el 19 de noviembre de 2014 acordó que “La Mesa de Contratación nombrada en Sesión de 6-8-2014, ha levantado Acta de evaluación técnica con fecha 1-10-2014 y en la misma se acuerda la exclusión de la licitación de la empresa Sedena., S.L. por incorporar datos referentes a la oferta económica en la documentación técnica a valorar”.

En definitiva, la mercantil reclamante fue excluida de la adjudicación porque la Mesa de Contratación, asumiendo el criterio del Técnico que hizo la valoración técnica de las ofertas de las licitadoras consideró que el concepto incluido como subvención del ayuntamiento en la partida de ingresos de las cuentas de explotación presentadas dentro del sobre 2 se correspondía con la oferta económica que debía ser incluido en el sobre 3 conforme al anexo II del Pliego de Condiciones.

A mayor abundamiento, identificada dicha partida de ingresos como oferta económica, también se excluyó de la licitación a dicha mercantil porque en los cinco años incluidos en la cuenta de explotación presentada, dicha cantidad sufría una modificación hasta superar el precio máximo de licitación establecido en el Pliego de Condiciones en 80.000 euros, sin posibilidad alguna de actualización.

Sin embargo, habiendo sido notificada la exclusión de la licitación a la mercantil “SEDENA, S.L.” mediante Resolución de la Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Peralta el día 24 de noviembre de 2014 (folio 79 del expediente), dándole traslado del Acuerdo adoptado por el Pleno en el que la única causa de exclusión que se refiere es la inclusión de de datos referentes a la oferta económica en la documentación técnica a valorar y no habiendo procedido la Mesa de Contratación a la apertura de la oferta económica de la reclamante, no se puede admitir como causa de exclusión la superación del límite fijado en los Pliegos de Condiciones para la oferta económica.

Por lo señalado, el objeto de esta reclamación debe ceñirse, en primer lugar, a analizar si la mercantil “SEDENA, S.L.” incluyó datos económicos en la documentación técnica y si, en su caso, dicha inclusión justifica su exclusión del procedimiento de contratación.

SEXTO.- La exclusión de la mercantil reclamante de la licitación se motiva, pues, en la inclusión de su oferta económica en el sobre 2, que se identifica con la cantidad que aparece en el apartado de subvención de ayuntamiento incluido en el capítulo de Ingresos de la Cuenta de Explotación de los cinco años de gestión que presenta dentro del sobre 2.

Por contra, la mercantil adjudicataria, a diferencia de la reclamante, dejó en blanco la correspondiente casilla de los cinco años de la cuenta de explotación presentada bajo la explicación de que “La partida de subvención solicitada no se cifra en este apartado ya que se trata de la proposición económica y este dossier se encuentra dentro de la proposición técnica”.

Sin embargo, la conclusión que conduce a la exclusión de la reclamante se alcanza de un modo muy aventurado por la Mesa de Contratación porque no se puede aseverar que ese dato económico ofrecido sea la oferta económica de la empresa “SEDENA, S.L.”, no sólo porque su oferta económica no fue abierta en acto público, con lo cual no se ha podido verificar si es así o no, sino por el hecho de que esa cantidad únicamente representa el déficit resultante del exceso de gastos sobre ingresos

estimados por la licitadora en cada uno de los ejercicios de la gestión de las instalaciones deportivas.

Es decir, no hay base para considerar que el déficit económico previsto por la empresa gestora del servicio se corresponda con el precio ofertado en la licitación toda vez que la mercantil, pese a prever pérdidas en cada una de los ejercicios económicos, podría hacer una propuesta económica inferior a la resultante en el plan de viabilidad por contemplar, en su caso, la posibilidad de mejorar la rentabilidad del negocio por razón de la eficiencia de su gestión.

Es más, el Informe Técnico de Valoración no señala que el concepto económico analizado sea el precio de licitación, sino que “Reflejan una aportación del Ayuntamiento de 78.900 € que podría condicionar la valoración realizada en esta fase, y por ello hay que valorar si resulta procedente la exclusión del licitador”.

Sin embargo, pese a lo señalado, es cierto que aún no pudiendo considerarse tal concepto económico precio de licitación, también es necesario plantearse si dicha información económica incluida en el sobre 2 pudiera haber afectado a la valoración técnica de la documentación de dicho sobre pues la información incluida en el mismo es evaluable de forma automática y no está sujeta a juicio de valor.

El artículo 21 de la LFCP recoge los principios rectores de la contratación pública, estableciendo entre sus fines el garantizar el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Y el principio de igualdad de trato, implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica).

Por tanto, una de las exigencias derivadas del principio de igualdad de trato es que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y

económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas entre sí ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

A esta exigencia obedece que el artículo 52.2 LFCP establezca que “En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración”.

Y a este respecto, el detalle de ingresos y gastos que refleja el presupuesto económico, que permite conocer su déficit estimado para cada uno de los ejercicios económicos referidos, y su total o parcial cobertura por la entidad adjudicadora, podría permitir atisbar la que podría ser la aportación municipal que constituiría, en su caso, el precio de licitación de la mercantil y, en definitiva, no sólo poder llevar a condicionar la valoración técnica de la propuesta realizada sino a proporcionar un conocimiento anticipado de datos de la proposición en un momento procedimental en que la oferta deber ser aún secreta para todos, con vulneración del artículo 52.2 LFCP.

En consecuencia, dicha consideración permite alcanzar la conclusión de que la exclusión de la mercantil reclamante de la licitación ha resultado conforme a derecho y, por tanto, confirmarla.

Ahora bien, siendo cierto que el conocimiento del referido dato económico debe conllevar, por las razones aludidas, la exclusión de la reclamante, no es menos cierto que dicha sanción jurídica también debería haber recaído de igual modo sobre la sociedad adjudicataria porque aunque la casilla correspondiente a la subvención del ayuntamiento fuera dejada en blanco en cada uno de los ejercicios económicos incluidos en su plan de viabilidad presentado, bajo el argumento de que la subvención constituye la proposición económica que hay que incluir en el sobre 3, dicha cantidad no sólo era

fácilmente determinable con una simple operación matemática, sino que la misma también se ha reflejado en el resultado final detallado por diferencia de los gastos sobre los ingresos (folio 70 expediente), con lo cual la adjudicataria está sujeta a la misma casuística que ha conllevado la exclusión de la licitadora reclamante.

Por tanto, el criterio empleado por la Mesa de Contratación para excluir de la licitación a la reclamante no puede eludirse en el caso de la valoración técnica realizada a la propuesta de la mercantil adjudicataria, que por esa misma razón también debería haber sido excluida conforme al art. 52.2 LFCP.

SÉPTIMO.- La reclamante alega que es el propio Pliego de Condiciones el que ha inducido a los licitadores incluir en la cuenta de explotación presentada el concepto económico cuestionado. En concreto se refiere a las condiciones 17 y 21, así como al anexo VII del Pliego de Condiciones.

Por tanto, vistas las posturas de las partes, ante la ausencia de alegaciones de la adjudicataria del contrato, se hace necesario reproducir tanto las Condiciones del Pliego aludidas como las conexas con aquellas.

La condición 17ª del PCA, relativa a la “Presentación de Propositiones”, exige la inclusión en el sobre 2, entre otra documentación propia y específica de la gestión del servicio, la siguiente:

“1. Documentación propia y específica de la gestión del servicio que como mínimo deberá incluir,....., “Presupuesto detallado de funcionamiento de los tres primeros años, de ingresos y gastos con el objeto de presentar cifras reales”.

#### En el “SOBRE 3: PROPOSICIÓN ECONÓMICA

Habrá de presentarse en sobre cerrado, conforme al modelo que se acompaña a este pliego como anexo IV y será única por licitador, la cuantía de la aportación del Ayuntamiento por cobertura de posibles pérdidas de la empresa adjudicataria”

Asimismo, la condición 21 del PCA señala lo siguiente:

“21.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Para discernir la oferta más ventajosa se tendrán en consideración los siguientes criterios de adjudicación:

PROPOSICIÓN ECONÓMICA (hasta 30 puntos)

- Se otorgará la máxima puntuación a quien plantee la proposición con el menor importe de compensación (no podrá superar los 80.000 € anuales), valorando el resto de forma inversamente proporcional, conforme a la siguiente regla de tres inversa (...)

PROPUESTA TÉCNICA (hasta 70 puntos)

-Proyecto de gestión (hasta 32 puntos) que contemplará:

(...)

. Un plan de viabilidad para los próximos cinco años de las instalaciones. Se valorarán positivamente las medidas de captación de abonados, reducción del déficit, ahorro energético, etc. Hasta 5 puntos.

. Cuenta de explotación de la actividad para el año 2015. Se valorará el mayor detalle en el desglose de ingresos y gastos en la cuenta de explotación. Hasta 2 puntos.

Finalmente, el Anexo VII contiene un modelo de “PROYECTO EXPLOTACION PARA LA CONTRATACIÓN DE GESTION SERVICIO PBUBLICO INSTALACIONES DEPORTIVAS DE PERALTAL”, que incluye las partidas de ingresos y gastos y de resultado por la diferencia de unos y otros por valor de – 80.000.

Examinadas las condiciones del Pliego que interesan, la cuestión a examinar es si amparan, como manifiesta la reclamante, la inclusión en el sobre 2 de determinada información económica, concretamente la determinante de su exclusión de la licitación.

Pues bien, las alegaciones realizadas por la entidad mercantil reclamante en tal sentido deben ser estimadas porque una interpretación literal de los Pliegos de Condiciones excluyen toda suerte de ambigüedad en la documentación que los licitadores debían incluir en el sobre 2, esto es, un presupuesto completo de ingresos y gastos estimados de la explotación durante los tres primeros años a fin de presentar cifras realistas. Por ello, ninguno de los conceptos económicos que los integraban podían quedar indeterminados so pena de infringir dichos Pliegos de Condiciones.

Es más, tal como señala la reclamante, ni el hecho de dejar sin cumplimentar la casilla relativa a la subvención del Ayuntamiento supone que dicho dato económico no fuera determinable, toda vez que se podía obtener calculando la diferencia de los gastos sobre los ingresos.

Prueba de ello es que en el Anexo VII del Pliego de Condiciones se presentaba un modelo de cuenta de explotación en la que de manera desglosada se detalla el importe de déficit económico por diferencia de gastos sobre ingresos y se correspondería con la aportación municipal.

En definitiva, la simple lectura de las condiciones 18, 21 y el Anexo VII de los Pliegos de Condiciones ponen de manifiesto la evidente contradicción al exigir la inclusión en el sobre 2 de datos económicos que conllevan la exclusión del licitador por atentar contra el principio de igualdad de trato, como se ha relevado igualmente con la misma mercantil adjudicataria, a pesar de que no fuera excluida del procedimiento de contratación.

Y, por la misma razón, como también añade la mercantil reclamante, el hecho de que el Pliego de Condiciones exigiera, igualmente, la presentación en el sobre 2 del Plan de Inversiones, cumplimentado tanto por ella como por la adjudicataria, resulta, asimismo, contradictorio toda vez que no se establece como criterio de adjudicación la naturaleza de las inversiones que pueden ofrecer las licitadoras, conforme a criterios de prioridad preestablecidos en el Pliego de Condiciones, sino únicamente el compromiso de inversiones con un importe determinado, lo que no constituye sino una parte de la



oferta económica, constituida por el importe a invertir por el licitador y por el importe de la aportación municipal que va a compensar la totalidad o parte del déficit generado en la gestión del servicio, de modo que una parte de la oferta económica se está anticipando al momento de valoración de la oferta técnica, con infracción del artículo 52.2 LFCP.

Por otra parte, las contradicciones alegadas respecto al Pliego de Condiciones no quedan ahí porque en la condición 21<sup>a</sup> (criterios de adjudicación) se establece la valoración de un plan de viabilidad para los próximos cinco años de las instalaciones cuando se constata que la referida documentación no fue exigida a los licitadores para su inclusión en el sobre 2.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 299/2011 ha señalado que siendo el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares la ley que rige la contratación entre las partes, se exige a los licitadores que concurren cumpliendo con las normas del mismo y particularmente que, “a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código civil, cuyo artículo 1.281 establece que los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982)

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sección 4<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se

puede olvidar que el artículo 1282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores del contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido el pliego de cláusulas aquí discutidas”.

Por tanto, la incorrecta inclusión de la documentación sobre los criterios de valoración de las ofertas en los sobres, cometida tanto por la licitadora excluida de la licitación como por la misma adjudicataria, afectando al procedimiento de selección de los licitadores y en particular al principio de igualdad de trato entre los candidatos que exige el artículo 21 de la LCP, al permitir conocer información con respecto a ellos en un momento procedimental inadecuado, no sólo no ha incumplido lo previsto en el Pliego de Condiciones sino que ha constituido una exigencia del mismo.

OCTAVO.- Toda licitación de un contrato público debe respetar los principios rectores de la contratación, y entre ellos el de igualdad de trato, principio fundamental recogido en el Derecho comunitario, en el artículo 14 de nuestra Constitución y en el artículo 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, por lo que todo requisito que lo infrinja debe ser declarado nulo de pleno derecho.

El carácter esencial de estos criterios en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato se constata desde el primer párrafo del considerando 46 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE, cuando señala que: «la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva», principios

de igualdad, no discriminación y transparencia en el tratamiento a los licitadores recogidos asimismo en los artículos 21 la LFCP.

Este Tribunal en otros Acuerdos anteriores (por todos el 24/2013, de 3 de septiembre), ya ha puesto de manifiesto que, conforme a nuestro Derecho, al tratarse de una declaración de nulidad de pleno derecho es indiferente que la entidad reclamante haya concurrido a la licitación sin haber recurrido los pliegos en el momento de su publicación, en el plazo oportuno, y reclame frente a su exclusión posterior en este momento, pues citando el Acuerdo 14/2011, de 19 de julio de 2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, “es necesario recordar que las previsiones de los Pliegos, fueron conocidas por todos los licitadores y aceptadas por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas ..., pues no consta en ningún caso, que las recurrentes impugnaran en tiempo y forma los Pliegos ... a los que por tanto han quedado plenamente vinculadas, sin que sea posible en este momento fundamentar sus pretensiones alegando la irregularidad de alguna de sus cláusulas”.

No obstante, el citado Tribunal señala en el mismo Acuerdo que entiende que cualquier otra argumentación sobre la irregularidad de las cláusulas del Pliego, “hubiera requerido la impugnación de los mismos, siendo improcedente en este momento que los recurrentes aleguen la incorrección de alguna de sus cláusulas, en tanto en ninguna de ellas se aprecia un vicio de nulidad que justifique la eventual revisión del Pliego por este Tribunal”.

Por ello, apreciándose en el presente supuesto un vicio de nulidad de pleno derecho, no resulta admisible la alegación vertida por la entidad adjudicataria de que la mercantil reclamante debiera haber interpuesto reclamación frente a los Pliegos de Condiciones por haberlos considerado confusos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, con referencia al anterior marco legislativo contractual, señala que “Ciertamente la norma legal aquí aplicable, art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, reproducida en los artículos 79.1 y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, impone el carácter secreto de las proposiciones. Se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable (...)”

Habida cuenta de lo señalado, la infracción causada por la Condiciones del Pliego del principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores, que implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora, derivada del quebranto del secreto de las proposiciones que causa en el procedimiento, es causa de nulidad de pleno derecho de la misma en base al art 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos y al art. 62 LRJPAC, infracción que determina, asimismo, la nulidad de pleno derecho de los Pliegos de Condiciones Administrativas y de todo el procedimiento de contratación sin posibilidad de convalidación alguna.

En base a todo lo expuesto, procede estimar la pretensión formulada por la empresa reclamante respecto de la declaración de nulidad de pleno derecho del Pliego de Condiciones que rigen la contratación, que determina la obligación de declarar, asimismo, la nulidad de todo el procedimiento de contratación, sin la posibilidad de convalidación alguna.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

**ACUERDA:**

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don presentada por don E.T.B.E., en nombre y representación de “SEDENA, S.L.”, frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de 29 de octubre de 2014 por el que se le excluye de la licitación, y frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Peralta, de 19 de noviembre de 2014, por el que se adjudica a la empresa “GESPORT GESTIÓN DEPORTIVA, S.L.” el contrato “Gestión integral de las instalaciones deportivas municipales del Ayuntamiento de Peralta”, declarando la nulidad de pleno derecho del Pliego de Condiciones y de todo el procedimiento de contratación.

2º. Notificar este Acuerdo a don E.T.B.E.– en nombre y representación de SEDENA, S.L., al Ayuntamiento de Peralta y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona, a 23 de diciembre de 2014. El PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.