



Expte.: R-45/2017

ACUERDO 60/2017, de 3 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.A.R., en representación de la compañía “Gure Urtats Adur, S.L.”, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Barañáin, de fecha 16 de junio de 2017, por el que se adjudica el contrato de asistencia para desarrollar e impartir las escuelas deportivas infantiles y las actividades deportivas para personas adultas y de tercera edad del Ayuntamiento de Barañáin.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de marzo de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato de asistencia para desarrollar e impartir las escuelas deportivas infantiles y las actividades deportivas para personas adultas y de la tercera edad, promovida por el Ayuntamiento de Barañáin.

La empresa “Gure Urtats Adur, S.L.” (en adelante URTATS) presentó en el plazo oportuno su propuesta técnica y oferta económica.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de junio de 2017 se notificó a la reclamante el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Barañáin, de fecha 16 de junio de 2017, mediante el que se adjudicó el contrato licitado a la empresa “SEDENA, S.L.”.

La reclamante solicitó al órgano de contratación la copia del expediente y, en concreto, los informes técnicos de valoración de las propuestas presentadas. Recibida la documentación, la reclamante constata que un único informe técnico obra en el expediente,

emitido por la vocal de la Mesa de Contratación con conocimientos técnicos en la materia objeto de la licitación.

TERCERO.- El día 30 de junio de 2017, URTATS presentó reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, al entender que existe nulidad del procedimiento. La reclamación se fundamenta en los siguientes motivos:

“1º.- La Mesa de contratación no está constituida de manera correcta, ya que entre los vocales nombrados (4, a los que hay que añadir el Presidente y el Secretario de la Mesa) solo uno es personal técnico con conocimientos en la materia objeto del contrato, siendo el resto personal político, contraviniendo lo que la normativa establece como obligatorio al respecto, y vulnerándose los principios que rigen la contratación pública, objetividad e imparcialidad en la valoración de propuestas, por cuanto sólo una persona realiza tal valoración.

2º.- El único informe técnico existente muestra una valoración de las propuestas técnicas totalmente subjetiva y arbitraria, considerando esta parte que no se han adoptado de forma adecuada las reglas de valoración aplicables a los criterios de adjudicación establecidos, los cuales en muchos casos son conceptos indeterminados, confusos y poco clarificadores, lo cual rompe con el principio de objetividad que debe primar en las licitaciones públicas.

3º.- Existen criterios de adjudicación que cuando se aplican resultan ser discriminatorios y no igualitarios, al favorecer a uno de los licitadores frente a otro. En concreto en el criterio denominado “adecuación de la oferta a la población de Barañáin”, como se verá más adelante.

4º.- Por último, no se aplica la proporcionalidad debida en la adjudicación de puntuaciones en el criterio de valoración denominado “Mejoras”, con el consiguiente perjuicio a mi presentada.”

Señala también que con los resultados de las valoraciones técnicas resultaba que, aunque URTATS mejorara la oferta económica, cuya puntuación máxima era de 45 puntos,

iba a ser imposible la adjudicación del contrato a la reclamante, dada la gran diferencia existente en las puntuaciones de la propuesta técnica.

En definitiva entiende que las actuaciones del Ayuntamiento son nulas de pleno derecho dado que existe un defecto de forma en la constitución de la Mesa de Contratación y que se han vulnerado los principios de igualdad, mérito, no discriminación y transparencia. Subsidiariamente solicita que *“se proceda por parte del Ayuntamiento de Barañáin a la revisión de la valoración técnica de las propuestas presentadas por los licitadores, revisando los errores detectados, ponderando los criterios de valoración, salvaguardando el principio de proporcionalidad, anulando el criterio de valoración “Adecuación a la localidad” por ser contrario al principio de igualdad y de no discriminación, y estableciendo reglas de valoración objetivas y no discriminatorias, medibles y determinables en relación a los criterios de valoración no automáticos, valoración que deberá ser llevada a cabo por al menos dos personas con conocimientos técnicos especializados en la materia objeto del contrato.”*

CUARTO.- El día 4 de julio de 2017, el Ayuntamiento de Barañáin finaliza la aportación del expediente administrativo, y presenta escrito de alegaciones en el que señala en primer lugar que no existe error en la constitución de la Mesa de Contratación, cuya composición y actuaciones han sido ajustadas a Derecho máxime teniendo en cuenta que la composición de la Mesa de Contratación constaba en el pliego y fue conocida desde el inicio por el reclamante sin que impugnara tal cuestión en el plazo establecido para ello. Entienden, en consecuencia, que no es posible cuestionar este extremo en este momento procedimental, al haber devenido firme.

En segundo lugar, el Ayuntamiento defiende la legalidad de los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos, con similar argumento al utilizado en relación con la Mesa de Contratación, afirmando que los criterios de adjudicación fueron publicados y por lo tanto conocidos por la empresa que ahora reclama, sin que en su momento fueran cuestionados y sin que la misma solicitara aclaraciones de ningún tipo en relación con su contenido y/o aplicación. Entiende el Ayuntamiento que los criterios de adjudicación se ajustan plenamente a la obligación de transparencia y al principio de igualdad de trato. A

mayor abundamiento, la entidad reclamada señala la extrañeza que produce que la reclamante, participante habitual en procesos de licitación de contratos de asistencia de objeto similar al actual, esgrima razonamientos relativos a la configuración de los criterios de adjudicación, más allá de su disconformidad con la valoración realizada, teniendo en cuenta que ha participado y en ocasiones resultado adjudicataria de contratos donde los criterios de adjudicación eran de un contenido y desarrollo conceptual similares al discutido. Al respecto cita el contrato del servicio de socorrismo de piscina para Servicio Municipal Lagunak durante 2016 y el contrato de asistencia técnica del programa de actividades deportivas y de la sala de musculación del Patronato de Deportes de Burlada, también de 2016. Por lo tanto, a juicio del Ayuntamiento, la actuación del reclamante no es conforme a la buena fe que debe exigirse a las partes del procedimiento, y se concreta en la coherencia en su comportamiento.

A la vista de lo anterior el Ayuntamiento entiende que la verdadera cuestión de fondo de la reclamación es la disconformidad de la reclamante con la valoración técnica efectuada. Acerca de este asunto, el Ayuntamiento recuerda que las actuaciones de la Mesa de Contratación se llevan a cabo de acuerdo con la discrecionalidad técnica de que goza y en su apoyo cita el Acuerdo de este mismo Tribunal, número 27/2017, que reproduce en varios de sus puntos. Según afirma, en la valoración realizada no se aprecia de forma patente y sin necesidad de efectuar razonamientos complejos la existencia de error material o de hecho y, por lo tanto, entiende que el criterio podrá ser discutido pero no se puede negar que es racional, expreso y sometido a los pliegos (consentidos y firmes). Señala el Ayuntamiento que la reclamación se basa en una especie de valoración alternativa, formulada por la reclamante, perfectamente válida, como lo es la efectuada por el órgano de contratación. A efectos de comprobar este extremo, adjuntan informe de la técnica de deportes en el que se detalla la metodología seguida para emitir el informe.

Finalmente, la entidad reclamada desmiente la afirmación realizada por URTATS en relación con la imposibilidad de resultar adjudicataria del contrato como consecuencia de las diferencias resultantes de la valoración técnica, y en concreto señala que *“una vez otorgadas la puntuaciones a la propuesta técnica y resultando estas de 51 y 29,5 respectivamente, resultaría que si en las ofertas económicas las bajas se encuentran en el*

primer tramo de bajas hasta el 10%, en el caso de que URTATS ofreciese una baja en 5,38 puntos superior a la ofertada por SEDENA, la puntuación total de URTATS superaría a la de SEDENA. En el siguiente tramo con bajas superiores al 10% y dado que URTATS ha ofertado una baja en su proposición económica del 11% si la baja de SEDENA hubiera sido del 4,68% o inferior, lo que finalmente no ocurrió al ser la baja de SEDENA del 7,92%”

Visto todo lo anterior, se solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- El día 6 de julio de 2017 se concede trámite de audiencia a los interesados para que presenten las alegaciones que consideren convenir a su derecho y, en uso de esta facultad, el día 10 de julio de 2017, “SEDENA, S.L.” presenta escrito en el que, resumidamente, señala lo siguiente:

La interesada entiende, como lo hace la entidad reclamada, que la composición de la Mesa de Contratación se ajusta a lo legalmente establecido al estar conformada *“con personal mayoritariamente técnico (pues sólo dos de los 6 componentes tienen carácter político), no hace sino dotar de mayor objetividad e imparcialidad el funcionamiento de la misma y por eso debe rechazarse lo alegado por la parte contraria porque como hemos puesto de manifiesto no existe la nulidad de pleno derecho pretendida habida cuenta el estricto cumplimiento de la legalidad en cuanto a la composición y funcionamiento de la Mesa se refiere.”*. Cita además el Acuerdo 8/2014 de este Tribunal, para recordar que si el reclamante consideraba que la composición de la Mesa de Contratación no era ajustada a Derecho hubiera debido alegarlo en el momento legalmente establecido para la impugnación de los pliegos.

En cuanto a la ilegalidad de los criterios de adjudicación, la interesada señala una vez más que el momento procedimental para esgrimir tal argumento era el establecido para la impugnación de los pliegos, impugnación que no llevó a cabo porque *“consideraban plenamente ajustados a derecho y por lo tanto a los principios de transparencia y de igualdad de trato, todos los criterios que iban a ser tenidos en cuenta por la entidad contratante para seleccionar la oferta ganadora y que lo que ahora pretende la*

reclamante es sustituir la valoración que ha realizado la Mesa de Contratación, pero no porque ésta resulte parcial ni subjetiva (porque de considerarlo así habrían impugnado el Pliego en este punto en concreto, en el momento oportuno para ello, sin dejar que deviniera firme y consentido), sino porque no está conforme con el resultado al no haber sido resultado adjudicatario del contrato.” Y en relación con la posible arbitrariedad en la valoración técnica discrepan con el reclamante y afirman que *“el informe técnico que es en el que se basa la propuesta de adjudicación de la entidad contratante, motiva y razona de manera amplia y exhaustiva las diferencias de puntuación obtenidas en cada uno de los apartados entre una empresa y otra, sin apartarse en ninguno de los casos de los criterios y reglas de valoración establecidas en el Pliego y que como ya hemos puesto anteriormente de manifiesto fueron asumidas por la ahora reclamante”*. En apoyo de su argumento recuerda lo establecido por el propio Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en su Acuerdo 27/2017 y por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 354/2017.

Finalmente, el interesado hace mención expresa en relación con el supuesto error en la valoración de las mejoras, aspecto en el cual una vez más discrepa con la reclamante y entiende que ha sido valorado conforme a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En consecuencia con lo expuesto, la interesada solicita la desestimación de la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO.- El artículo 210 de la LFCP establece que la reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales e interesados en la licitación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas.

En este caso, la reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al ser una empresa participante en la licitación.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de 10 días naturales previstos en el artículo 210.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la presunta infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la selección y posterior adjudicación del contrato. Este motivo se encuentra recogido entre los que prevé el artículo 210.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- El primer motivo de impugnación que aduce la reclamante es que la Mesa de Contratación actuante en el procedimiento de adjudicación no estaba correctamente constituida ya que de los vocales nombrados para formar parte de la misma *“solo uno es personal técnico con conocimientos en la materia objeto del contrato, siendo el resto personal político”*. Para la reclamante esta circunstancia debe suponer la declaración de nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de adjudicación.

Vista la impugnación, como primera consideración debemos señalar que estando fijada la composición de la Mesa en el documento denominado *“Condiciones esenciales para la contratación de la asistencia para desarrollar e impartir las escuelas deportivas infantiles y las actividades deportivas para personas adultas y de tercera edad”*, que rige la licitación, es decir, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, conforme viene denominado en el artículo 65 de la LFCP, que fue debidamente publicado en el Portal de Contratación de Navarra, no puede venir ahora la reclamante a impugnarla,

salvo que se diera una manifiesta nulidad de pleno derecho en esta composición, nulidad ex radice del acto que debe ser interpretada restrictivamente (por todas, Resoluciones n° 770/2016 y 225/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Al respecto debemos recordar, como hemos hecho en multitud de ocasiones, (por ejemplo en nuestro reciente Acuerdo 26/2017, de 1 de junio) que el Pliego vincula tanto a la Administración como a los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999, “*Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (Sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo ...*”).

De esta consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que los ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse de ellos o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. Esto también significa que de no haber sido los pliegos impugnados en tiempo y forma y anulada alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno derecho (último inciso del artículo 213.2 LFCP).

Las propias “*Condiciones esenciales*” que rigen esta licitación establecen en su apartado 7.1 que “*la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional por quien licita de la totalidad de las cláusulas o condiciones previstas en los pliegos que rigen el contrato, sin salvedad o reserva alguna ...*”, por lo que no cabe la impugnación de la citada condición una vez finalizado el momento procedimental normativamente establecido para ello, que no es otro que el plazo de impugnación de los pliegos que establece el artículo 210.2 LFCP, y en este caso la reclamante no lo hizo.

La doctrina de los actos propios, como significa el Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 13 de febrero de 2007, con cita de las de 16 de febrero de 1998 y de 9 de julio de 1999, *"proclama el principio general de derecho sobre la inadmisibilidad de venir contra sus propios actos y constituye un límite al ejercicio del derecho subjetivo o de una facultad, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que la doctrina exige, actos propios inequívocos que definan una determinada conducta y cuando entre la conducta anterior y la pretensión actual exista incompatibilidad o contradicción"*. Tal doctrina, íntimamente ligada al principio de la buena fe (Sentencia de 14 de noviembre de 2000), *"es predicable respecto de aquellos actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún otro derecho, definiendo una situación jurídica y con eficacia en sí mismos para producir igualmente un efecto jurídico"* (Sentencias de 2 de octubre de 2000 y de 11 de diciembre de 2001) y significa *"la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno"*.

Así mismo, ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de mayo de 2005 que *"es la finalidad del acto, su eficacia y validez jurídica las que determinan la vinculación de su autor a las consecuencias derivadas del mismo y generan la confianza ajena, pues, como señala la sentencia de 1 de febrero de 1999 tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de este Alto Tribunal considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión de la confianza legítima de las partes venire contra factum proprium"*.

Junto a esto, en el apartado 10 de las *"Condiciones esenciales"* se establece que la Mesa estará compuesta por 6 miembros: la Presidencia, ostentada por la Alcaldesa-

Presidenta del Ayuntamiento; cuatro vocales, el Presidente de Educación y Deporte, la Coordinadora Deportiva del Ayuntamiento, la Tesorera Municipal y el Interventor Municipal; y el Secretario de la Corporación, que actuará como Secretario de la Mesa, y esta ha sido la composición de la Mesa de Contratación actuante, según se infiere de las actas de las sesiones celebradas por la misma recogidas en el expediente.

Como es bien conocido, las Mesas de Contratación tienen la naturaleza de órganos colegiados independientes, sin relación jerárquica con el órgano de contratación, cuyas funciones son asegurar la objetividad e imparcialidad en la selección de la oferta más ventajosa y proponer la adjudicación al órgano de contratación. La composición de estos órganos en el ámbito local de la Comunidad Foral de Navarra se regula en las normas y del modo que se expone a continuación.

La LFCP establece en su artículo 2.1.c) que las Entidades Locales de Navarra quedan sometidas a sus disposiciones, con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local. En esta legislación, concretamente en el artículo 228.2 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, al que también remite a estos efectos el apartado 4 del artículo 60 de la LFCP, la composición de la Mesa de Contratación queda establecida del modo siguiente:

“2. Será Presidente de la Mesa de Contratación quien lo sea de la corporación, o miembro de ésta en quien delegue, y formarán parte de la misma, como mínimo, dos vocales designados por el órgano de contratación, uno de los cuales será el Secretario de la entidad o un funcionario Licenciado en Derecho que ocupe plaza para la que se exija dicha titulación, que actuará como secretario.

Si los vocales designados por el órgano de contratación no fueran técnicos especializados en la materia objeto del contrato, la Mesa deberá solicitar los informes técnicos oportunos en los que se basará la propuesta de adjudicación.”

En relación con su composición, la norma local no impone la exigencia de que los miembros de la Mesa de Contratación deban ser siempre técnicos especializados en la materia objeto del contrato ya que el último inciso del apartado 2 citado permite que no lo

sean, precisando entonces el órgano de colaboración técnica externa para realizar la propuesta de adjudicación.

Por el contrario, el artículo 60.1 de la LFCP, de aplicación supletoria en este caso, sí que obliga a que al menos dos de los Vocales de la Mesa sean técnicos especializados en la materia objeto del contrato y a que estos se designen, salvo en casos extraordinarios, de entre el personal al servicio de la Administración contratante. A estos efectos se deberá tener en cuenta, como significa el Tribunal Superior de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) en su Sentencia 395/2014, de 17 septiembre, que *“el matiz que introduce la Ley Foral de contratos públicos no puede pasarse por alto, permite la entrada de todo el personal al servicio de la Administración y se da preeminencia al componente técnico. Por tanto, tampoco la Ley Foral de Contratos públicos prohíbe, la integración de las Mesas de Contratación al "personal al servicio de la Administración" y, el personal eventual lo es de acuerdo con lo establecido en el art. 3 del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra. Y no se olvide tampoco, y este hecho no es discutido, que D... es técnico conocedor de la materia objeto de contratación, al ser el Director Gerente del Organismo Autónomo Escuelas Infantiles del Ayuntamiento de ...”*.

En este punto la reclamante afirma, como se ha dicho, que la Mesa no estaba correctamente constituida ya que de los vocales nombrados para formar parte de la misma *“solo uno es personal técnico con conocimientos en la materia objeto del contrato, siendo el resto personal político”*, pero esto no es cierto ya que tanto la Coordinadora Deportiva del Ayuntamiento, como la Tesorera Municipal y Jefa de Compras del Ayuntamiento, el Interventor Municipal y el Secretario de la Corporación, todos ellos miembros de la Mesa de Contratación, ostentan la condición de personal técnico al servicio de la entidad contratante, según consta en la Plantilla Orgánica aprobada inicialmente por el Pleno del Ayuntamiento de Barañáin en sesión ordinaria de fecha 30 de marzo de 2017, cuya aprobación definitiva fue publicada en el Boletín Oficial de Navarra nº 111, de 9 de junio de 2017, y de estos vocales técnicos es indudable que al menos la Coordinadora Deportiva del Ayuntamiento, autora del informe técnico de valoración de las ofertas que luego la Mesa asumió, es personal técnico especializado en la materia objeto del contrato.

En consecuencia, en el caso que nos ocupa y como ya se ha dicho, el reclamante no está legitimado para impugnar la composición de la Mesa de Contratación actuante en el procedimiento al no haberlo hecho en el momento oportuno y, además, la composición de la Mesa de Contratación actuante se ajusta perfectamente a lo previsto en la norma de aplicación. Por ello, debe decaer en este punto la impugnación formulada al respecto.

SEXTO.- También afirma la reclamante que algunos criterios de adjudicación, recogidos en las “*Condiciones esenciales*” de la licitación, en muchos casos son conceptos indeterminados, confusos y poco clarificadores, lo cual rompe con el principio de objetividad que debe primar en las licitaciones públicas y los hace nulos de pleno derecho.

Además manifiesta que existen criterios de adjudicación que cuando se aplican resultan ser discriminatorios y no igualitarios, al favorecer a uno de los licitadores frente a otro, señalando, en concreto, el criterio denominado “*adecuación de la oferta a la población de Barañáin*”, y que varios de ellos “*no dan garantía de imparcialidad ni de buscar la objetividad, sino que se utilizan conceptos valorables, abstractos, confusos e indeterminados que no hacen sino crear confusión y dejar un margen de discrecionalidad al personal técnico de la mesa demasiado amplio y nada deseable*”.

Finalmente, significa que “*En relación a los criterios no automáticos las reglas de valoración establecidas y contenidas en los pliegos publicados son cuanto menos difusas e incompletas*”, para luego denostar concretamente alguno de dichos criterios.

Antes de entrar en el análisis de los criterios de adjudicación que se tachan de indeterminados, confusos y poco clarificadores, discriminatorios y no igualitarios, debemos traer aquí nuevamente lo manifestado en el fundamento anterior en relación con la doctrina de los actos propios y la imposibilidad de impugnar en este momento los criterios contenidos en las “*Condiciones esenciales*” si en el momento oportuno para ello (en el plazo de impugnación de los pliegos que establece el artículo 210.2 LFCP) no se hizo, como aquí ha ocurrido, salvo en el caso de que se diera una manifiesta y radical

nulidad de pleno, infracción que, como también hemos señalado, debe ser interpretada restrictivamente.

Al respecto es bien clarificadora la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, que en sentencias como la Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 28 de junio de 2014, manifiesta lo siguiente:

“El referido conjunto de motivos viene a reiterar en casación lo que en la demanda de la instancia figuraban como «Irregularidades en los Pliegos», que no pueden ser acogidas con base en la doctrina de esta Sala que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación. Y, dejando al margen otras consideraciones, esto es lo que ha de entenderse que viene a señalar la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico segundo, al afirmar que los motivos del recurso referidos a la preparación del contrato administrativo constituyen alegaciones del actor extemporáneas e intrascendentes.

Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997, 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.

La perplejidad de la Sala de instancia se refiere a la extrañeza que produce el que se pongan reparos de legalidad a la figura misma del contrato o al contenido de las cláusulas por quien había pretendido su adjudicación. Y éste debía entender que al no impugnar el Pliego se convertiría en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1961, 31 de marzo de 1975, 20 de enero de 1977, 23 de junio de 2003, 16 de enero y 18 de mayo de 2004 entre otras); Pliego para el que, además, resulta aplicable el principio de libertad de pactos con los límites establecidos en el artículo 4 LCAP.”

Pues bien, a la luz de la doctrina citada deberemos analizar los criterios de adjudicación a aplicar para la valoración de las propuestas técnicas, que se recogen en la condición novena de las “*Condiciones esenciales*” de la licitación que nos ocupa, cuya nulidad de pleno derecho denuncia la reclamante y que son los siguientes:

1. *“PLAN A DESARROLLAR: hasta 15 puntos. Se valorará el desarrollo, la calidad técnica, la claridad y la coherencia interna de la información en todos los apartados a desarrollar, teniendo en cuenta asimismo que el plan en cuestión se adecue a la localidad.*
2. *FICHAS DE LAS ACTIVIDADES: hasta 5 puntos. Se valorará el desarrollo, la calidad técnica, la claridad y la coherencia interna de la información, así como el adecuado lenguaje y el diseño/presentación.*
3. *ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y MEDIOS DE CONTROL DEL SERVICIO DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS: hasta 15 puntos. Se valorará la amplitud de ámbitos tratados, el grado de detalle y compromiso constatable, la calidad, la coherencia y la claridad de la información aportada.*

La puntuación se repartirá en los siguientes apartados:

- *Organización y funcionamiento del servicio de actividades deportivas (hasta 7,5 puntos)*
- *Plan de seguimiento, control y evaluación del servicio de actividades y de sus usuarios/as (hasta 7,5 puntos)*

4. *COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS: hasta 5 puntos. Se valorará la amplitud de ámbitos tratados, el grado de detalle y compromiso constatable, la calidad, la coherencia y la claridad de la información aportada.*

Respecto a ellos, la reclamante afirma: *“La arbitrariedad e indefinición de los subcriterios de valoración suponen un incumplimiento de lo dispuesto en el artº 51 de la LF de Contratos Públicos ya que en función de su interpretación se podría concluir que los criterios de valoración no se vinculan al objeto del contrato sino a cualidades subjetivas de los licitadores. Junto a ello no existen reglas de valoración objetivas o que permitan medir y ponderar la puntuación máxima a otorgar a cada apartado”.*

Esta crítica la pormenoriza en relación con cada criterio, en los siguientes términos:

“1. Plan a desarrollar: se valorará el desarrollo, la calidad técnica, la claridad y la coherencia interna de la información de todos los apartados a desarrollar, teniendo en cuenta asimismo que el plan en cuestión se adecue a la calidad.” En el pliego no se señala cuanto puntúa cada aspecto a valorar ni en qué forma se va a valorar. Hay que tener en cuenta además, que el servicio viene funcionando desde hace años y de hecho en el pliego de prescripciones técnicas se establecen las actividades que se realizan en la temporada 2016-2017 y a las que deben someterse los licitadores con los cambios y propuestas de mejora que consideren, por lo que el margen de “maniobra” es estrecho (pag. 25). Además no se establece cuánto puntúa cada subcriterio (a excepción del apartado mejoras que puntúa 5)

“2. Fichas de las actividades: se valorará el desarrollo, la calidad técnica, la claridad y coherencia interna de la información, adecuado lenguaje y diseño/presentación” El máximo son 5 puntos y los criterios para valorar son en unos casos subjetivos no desde un punto de vista técnico sino de gusto estético (apariencia,

diseño, y presentación) y en otros se pueden considerar poco definidos o indeterminados y confusos (“se valorará el desarrollo”: qué se entiende por desarrollo?). Además no se establece cuánto pondera cada uno de ellos.

3. *Organización, funcionamiento y medios de control del servicio de actividades deportivas. Se valorará el grado de amplitud de los ámbitos tratados, el grado de detalle y compromiso constatable, la calidad, la coherencia y la claridad de la información aportada”. De nuevo nos encontramos ante términos imprecisos, indeterminados, nada claros ni concretos (por amplitud qué se entiende? número de folios de descripción? Personal existente? Y por grado de compromiso? Como se mide?). En función por lo que se entienda por esos criterios de valoración se podría producir discriminación por cuanto pueden beneficiar a las empresas de un tamaño frente a otro.*

Si algo puede entresacarse de la lectura del informe técnico es que quizás, en este caso, el tamaño de la empresa y su estructura han podido ser determinantes para la adjudicación de puntuaciones a uno u otro licitador. Conocerlo es fundamental por cuanto los criterios de valoración deben estar directamente vinculados al contrato, no a las características subjetivas del empresario. Junto a ello debemos señalar que no se establece cuánto pondera cada criterio en la valoración total (15 puntos).

4. *“Coordinación de actividades deportivas. Se valorará la amplitud de ámbitos tratados, el grado de detalle y compromiso constatable, la calidad, la coherencia y la claridad de la información aportada.” De nuevo nos encontramos ante criterios de valoración indeterminados, imprecisos, inconcretos y que podrían resultar discriminatorios para los licitadores con una organización interna pequeña en función de cómo se hayan interpretado. E igualmente no se realiza ponderación de la valoración de cada criterio para obtener la puntuación máxima (5 puntos).”*

Visto lo expuesto, podemos adelantar que en este caso no se aprecian en los criterios de adjudicación las causas de nulidad de pleno derecho que quiere ver la entidad reclamante.

Cuando no es el precio ofertado el único criterio de adjudicación del contrato, los criterios de adjudicación deben reunir los requisitos que establece el artículo 51 de la LFCP: directa vinculación con el objeto del contrato; preponderancia de los criterios que

puedan valorarse mediante fórmulas frente a criterios subjetivos, estableciéndose un mínimo del 50 por 100 de la puntuación a otorgar según estos primeros; definición precisa; especificación de su importancia relativa y, caso de valorarse la posibilidad de presentar mejoras, expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente.

Pero cualquier infracción de estos requisitos no puede ser objeto de la máxima sanción: la declaración de nulidad radical o de pleno derecho.

Los motivos de nulidad de pleno derecho vienen recogidos en el artículo 126.2 de la LFCP y no son otros que las causas de nulidad establecidas con carácter general en la legislación reguladora del procedimiento administrativo; la carencia o insuficiencia de crédito en el momento de la adjudicación; encontrarse incurso el adjudicatario en alguna de las causas de exclusión de la licitación; la adjudicación de un contrato sin anuncio de licitación previo cuando éste sea preceptivo y la formalización del contrato con infracción del periodo suspensivo de la adjudicación establecido en el artículo 93.2 de la LFCP o mientras se tramita una reclamación en materia de contratación pública contra la adjudicación. El resto de infracciones a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico no son otra cosa que causas de anulabilidad del acto, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, de todas las causas de nulidad recogidas en el citado artículo 126 la única que pudiera ser aplicable al caso sería alguna de las causas de nulidad establecidas con carácter general en la legislación reguladora del procedimiento administrativo ya que es evidente que la reclamación no se apoya en alguno del resto de motivos citados.

Estas causas se relacionan en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y son que el acto lesione los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; que se dicte por órgano manifiestamente incompetente, que tenga un contenido imposible; que sea constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta; que sea dictado

prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; que por él se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición y, finalmente, que la causa sea establecida expresamente una disposición con rango de Ley.

Igualmente en esta norma se contienen motivos de nulidad que no son aplicables al caso, resultando que el único que pudiera serlo es la lesión de un derecho susceptible de amparo constitucional como es el principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 de la Constitución) y este es el motivo en el que la reclamante pretende fundamentar la reclamación aduciendo que determinados criterios de adjudicación son “*subjetivos*”, faltos de ponderación, “*imprecisos, indeterminados, nada claros ni concretos*”, de forma que “*En función por lo que se entienda por esos criterios de valoración se podría producir discriminación por cuanto pueden beneficiar a las empresas de un tamaño frente a otro*” y “*que podrían resultar discriminatorios para los licitadores con una organización interna pequeña en función de cómo se hayan interpretado.*”

Analizado el tenor literal de los criterios, este Tribunal entiende que no adolecen de nulidad de pleno derecho por suponer una infracción del principio de igualdad, dado que en sí mismos no suponen discriminación alguna entre los potenciales licitadores, cuyas ofertas pueden ser valoradas en pie de igualdad aplicándolos adecuadamente. Otra cosa puede ser que en las operaciones de valoración de las ofertas estos criterios sean torticeramente aplicados, vulnerando los principios que rigen la contratación pública y especialmente el de igualdad de trato (artículo 21 de la LFCP), en cuyo caso la actividad y el resultado de la valoración sí que supondrían una infracción merecedora de la máxima sanción.

Al respecto, es especialmente clarificadora la mención que con tanto énfasis hace la reclamante a la expresión “*adecuación a la localidad*”, contenida en uno de los criterios, al entenderla contraria al principio de igualdad y de no discriminación, cuando lo cierto es que no se trata sino de una cualidad a valorar en cada una de las ofertas, que ninguna discriminación supone a priori ya que cada licitador puede ofertar el plan de actividades

que considere oportuno, con mayor o menor adecuación a las necesidades, dimensión o cualquier otra circunstancia de la entidad local, y luego será la Mesa de Contratación quien valore dicha adecuación, motivando debidamente su decisión, como luego veremos.

Tampoco se puede acoger que este criterio deba ser considerado nulo por cuanto no tiene relación con el objeto del contrato y porque su aplicación puede suponer una ventaja competitiva para quien viniera gestionando el servicio con anterioridad, según afirma la reclamante, dado que la entidad adjudicadora, que es quien mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer con el contrato, dispone de un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2004 y de 24 de Enero de 2006) y, en este caso, no se aprecia irracionalidad o discriminación alguna en valorar el esfuerzo del licitador para adecuar su propuesta a la realidad y necesidades del municipio donde pretende prestar los servicios.

En consecuencia, la reclamación también debe ser desestimada en este punto.

SÉPTIMO.- La reclamante igualmente denuncia que la valoración de las propuestas técnicas recogida en el informe técnico es totalmente subjetiva y arbitraria y que no se han adoptado de forma adecuada las reglas de valoración aplicables a los criterios de adjudicación establecidos. Al respecto afirma que el informe técnico de valoración que obra en el expediente *“contiene expresiones que dejan traslucir una ausencia total de objetividad en la valoración de ambas propuestas”*.

En lo relativo a los principios a los que debe sujetarse la valoración de las ofertas técnicas utilizando los criterios de adjudicación de carácter subjetivo previstos en los pliegos, tarea en la que la Mesa de Contratación debe realizar un *“juicio de valor”*, este Tribunal se ha manifestado en múltiples ocasiones. Sirva como ejemplo lo señalado en nuestro Acuerdo 27/2017, de 13 de junio:

“Planteados así los términos del debate suscitado en la reclamación interpuesta, hay que comenzar recordando que la valoración de una oferta técnica mediante la

aplicación de los criterios de adjudicación regulados en los pliegos conlleva, a menudo, una valoración subjetiva o de juicio de valor, siendo la entidad contratante la competente para interpretar el modo adecuado de aplicar dichos criterios de adjudicación conforme al tenor de los pliegos.

Sin embargo, ostentando la entidad contratante, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurran a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00, “no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso”. Así se puso también de manifiesto también por este Tribunal en los Acuerdos 46/2013, de 28 de noviembre o 23/2015, de 27 de marzo, 51/2013, entre otros.

A ello se debe añadir que, como hemos advertido en diversos acuerdos (por todos el Acuerdo 8/2014, de 10 de marzo), la Mesa de Contratación, como órgano colegiado ajeno a intereses particulares, debe garantizar el correcto desarrollo del procedimiento de licitación teniendo como objetivo que la propuesta de adjudicación que realice al órgano de contratación sea la más beneficiosa para el interés público al que responde el contrato y, para ello, las mesas de contratación actúan con objetividad e independencia del órgano que las ha nombrado y valoran las diferentes ofertas de acuerdo con lo establecido en los correspondientes pliegos, concretando dichas valoraciones en aplicación de la discrecionalidad técnica de la que gozan.

En este punto es preciso traer a colación la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores, sobre la que el Tribunal Constitucional en Sentencias 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo, sostiene que “la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente

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

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

En definitiva, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 41/2016, de 26 de julio, “no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la licitación, y menos aún sustituirse por la opinión técnica formulada por una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación...Consecuencia de lo dicho es que en este caso únicamente corresponde al Tribunal comprobar que no ha habido arbitrariedad, ni un error patente, ni irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración técnica y que esta valoración se encuentra suficientemente motivada en el expediente”. Motivación que tal y como refleja el FJ 5º de la Sentencia de 4 de junio de 2014 “Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada.”

El Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 10 de mayo de 2017, determina lo siguiente: “Pues bien, la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 24 de febrero de 2016, razona que “(...) Por otro lado, resulta de gran trascendencia tener igualmente en cuenta que, al tratarse de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, sólo puede ser formulado por un órgano especializado, de tal modo que la revisión de la valoración realizada por el órgano previsto para resolver el concurso sólo puede hacerse cuando los errores o defectos en la valoración, primero, sean ostensibles y manifiestos, y, segundo, no exijan conocimientos técnicos (Cf. STS 29 junio 2005). Pudiendo añadir nosotros que dichos errores "ostensibles, manifiestos y cuya valoración no exija conocimientos técnicos" han de ser, además, relevantes (...).

(...)

En relación a los informes técnicos en que se basa la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 354/2017, de 21 de abril, razona que “...para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación.”

En efecto, conforme a la doctrina expuesta, como tiene reiteradamente reconocido este Tribunal, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se

ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

En definitiva, solo la existencia de arbitrariedad o discriminación en la valoración técnica efectuada, o bien errores manifiestos de carácter material o de hecho, permiten la revisión de la imparcial valoración efectuada por la mesa de contratación, teniendo en cuenta en todo caso que los criterios sujetos a juicios de valor son, por su propia naturaleza, subjetivos y ese criterio subjetivo del órgano de contratación, que es quien mejor conoce sus propias necesidades y las del interés general cuya consecución se pretende con el contrato, no puede ser suplido por el del Tribunal en su función meramente revisora.”

OCTAVO.- Consta en el expediente un extenso (31 páginas) y pormenorizado informe-propuesta de valoración de las ofertas técnicas presentadas, de fecha 29 de mayo de 2017, elaborado por la Coordinadora Deportiva del Ayuntamiento y Vocal de la Mesa de Contratación, que la Mesa asume en su integridad en sesión celebrada el 1 de junio siguiente. En dicho informe, tras explicar la sistemática seguida en la aplicación de los criterios de adjudicación recogidos en las “*Condiciones esenciales*” del contrato, se explica y justifica la puntuación otorgada en cada uno de los apartados. Junto a este informe y una vez presentada la reclamación, el Ayuntamiento presenta un nuevo informe técnico elaborado por la misma persona con la misma finalidad.

La primera crítica formulada por URTATS en relación con el citado informe-propuesta es que, en términos generales, este carece de rigor además de “*existir una ausencia total en la ponderación de los criterios y una enorme subjetividad en los comentarios existentes*”. Llama la atención, significa la reclamante, “*que en la puntuación obtenida por los dos únicos licitadores del contrato, cuando se trata de la aplicación de criterios automáticos la diferencia de puntuación no es tan grande y llamativa como la diferencia existente cuando se trata de criterios no automáticos*”.

Sobre esta crítica general debemos decir que el que una empresa haya obtenido mucha mejor valoración que la otra no significa por sí solo, ni puede hacer presumir, un

error o una infracción. Además, que en la valoración se realicen determinados juicios de valor es precisamente lo exigible, siempre que estos juicios y las valoraciones otorgadas estén debidamente motivados, como ya se ha dicho.

Entrando en la crítica particular referida a algunas de las partes del informe de valoración, respecto a la aplicación del criterio “Plan a desarrollar” y, en especial, en lo relativo a la adecuación a la localidad del Plan ofertado, la reclamante señala que no acierta a entender “*cómo se ha valorado este criterio ni qué se ha tenido en cuenta para ello*”. Junto a esto afirma que el informe, en lo relativo a la valoración de su oferta, contiene “*numerosos errores en relación con la falta de información en relación a este punto*”, pero no señala cuales.

Revisado el informe en este punto, se comprueba que tras significar que en ese apartado “*se realiza una valoración de todos los aspectos que están contenidos en el plan de trabajo de cada una de las actividades, como son los objetivos, contenidos, metodología y la sesión tipo*” y que “*la valoración de todos los temas se realiza como bloque homogéneo, teniendo en cuenta el desarrollo, la calidad técnica, la claridad y la coherencia interna de la información*” así como la “*adecuación del plan de trabajo a la localidad*”, la informante, en la valoración de este apartado en la oferta de la reclamante (que ocupa tres páginas), describe su contenido y lo valora técnicamente con detalle, incluyendo el aspecto relativo a la “*adecuación a la localidad*”, otorgándole la puntuación correspondiente.

No se aprecia que en la valoración de este apartado de la oferta se haya producido un error material o de hecho y la diferencia entre las puntuaciones otorgadas a las dos licitadoras se motiva adecuadamente, sin apreciarse discriminación alguna y sin que sea posible que este Tribunal entre a revisar cuestiones técnicas, ni menos aún sustituir con un juicio técnico, el de la reclamante, otro, el de la entidad adjudicadora, que se debe presumir más objetivo e imparcial. Como significa el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de julio de 2000, la discrecionalidad técnica “*deja fuera de este limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la*

del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.

Al respecto es bien clarificadora la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 416/2015, cuando señala:

“...para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación. En efecto, conforme a la doctrina expuesta, como tiene reiteradamente reconocido este Tribunal, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

En definitiva, solo la existencia de arbitrariedad o discriminación en la valoración técnica efectuada, o bien errores manifiestos de carácter material o de hecho, permiten la revisión de la imparcial valoración efectuada por la mesa de contratación, teniendo en cuenta en todo caso que los criterios sujetos a juicios de valor son, por su propia naturaleza, subjetivos y ese criterio subjetivo del órgano de contratación, que es quien mejor conoce sus propias necesidades y las del interés general cuya consecución se pretende con el contrato, no puede ser suplido por el del Tribunal en su función meramente revisora.”

En consecuencia, no se aprecia que en la aplicación de este criterio se haya producido infracción alguna.

Y lo mismo puede predicarse del resto de los criterios cuya aplicación se impugna ya que en el informe técnico no se aprecia de forma patente la existencia de error material o de hecho, ni discriminación alguna entre las dos ofertas. Lo que se aprecia es la aplicación de un criterio técnico en la valoración, razonable y razonado y con total sujeción a las “*Condiciones esenciales*” de la licitación que, como se ha dicho son consentidas y firmes (ley del contrato). Además, tanto en el informe-propuesta como en el posterior informe presentado por la entidad reclamada en fase de reclamación, se motiva adecuadamente la diferencia en las puntuaciones otorgadas a cada oferta.

A este caso es perfectamente aplicable la doctrina recogida en la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2013, en el recurso contencioso administrativo 97/12, fundamento jurídico tercero, cuando dice: “*La controversia estaba clara y los términos controvertidos de ambas partes muy definidos y por ello nos encontramos ante dos consideraciones técnicas contrarias que a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimientos “ad hoc” del Tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente al mero del perito de parte (...)*”.

En este caso este Tribunal debe aplicar el criterio favorable a la presunción de validez y de competencia técnica de la Administración y, por ello, la reclamación debe ser también desestimada en este apartado.

NOVENO.- Como último motivo de impugnación la reclamante afirma que “*no se aplica la proporcionalidad debida en la adjudicación de puntuaciones en el criterio de valoración denominado “Mejoras”, con el consiguiente perjuicio a mi presentada.*”

El criterio viene recogido en el apartado 9 de las “*Condiciones esenciales*” en los siguientes términos:

“MEJORAS AL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS: hasta 10 puntos. Serán puntuables aquellas propuestas de programas y actividades extraordinarias y complementarias. Se valorarán de acuerdo a la idoneidad y calidad de las mismas.

Cada propuesta de actividad/programa será valorada con un máximo de 2 puntos y para esta valoración se tendrá en cuenta:

- La idoneidad: hasta 0,5 puntos.*
- Valor técnico: Contemplado en este punto el número de personas implicadas directamente, número de horas de actividad, material técnico específico empleado y alcance de la actividad: hasta 1,5 puntos.”*

En el informe-propuesta de valoración antes citado se señala que la reclamante ofertó quince mejoras y la adjudicataria nueve y se analiza y valora cada una de ellas, conforme a los criterios establecidos en el condicionado, obteniendo la reclamante un total de 21,50 puntos y la adjudicataria 14,25 puntos. Finalmente, dado que el condicionado establece un máximo de diez puntos en este apartado, estos son los que se otorgan a cada una de las ofertas.

Al respecto, la reclamante afirma que esta forma de adjudicar los puntos “*contradice el sentido de la proporcionalidad que cabe esperar en un proceso de licitación. Existiendo una diferencia de puntuación de 7,24 puntos, debe otorgarse la puntuación máxima a quien realiza un esfuerzo adicional, sobrepasa dicha puntuación y se compromete a más que sus licitadores, mejorando la propuesta técnica en mayor medida que el resto de licitadores, ya que de lo contrario se perjudica a aquellos que hacen un mayor esfuerzo. De esta manera, y aplicando el criterio de proporcionalidad, al ser la puntuación máxima en este apartado de 10 puntos, dicha puntuación debe asignarse a quien mayor esfuerzo ofrece, en este caso URTATS, y asignarse al otro licitador la parte proporcional en función de la puntuación obtenida, en este caso 6,62 puntos y no 10 como se ha asignado*”.

Como hemos significado en diversos acuerdos (por todos el Acuerdo 6/2017), formando los criterios de adjudicación parte del Pliego, es decir de la “*Ley del Contrato*”, para poder aplicarlos adecuadamente la entidad adjudicadora debe llevar a cabo una labor de interpretación de los mismos, interpretación en la que, conforme a doctrina constante (por todas la Resolución n° 281/2015, de 15 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC), es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dado que “*los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos” (Resolución 70/2016 del TACRC).*

A estos efectos, el artículo 1.281 del Código Civil establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982), y si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pero también se deberá tener en cuenta que el artículo 1.284 del mismo Código Civil dispone que si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto y que las cláusulas deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1.285 de la misma norma).

En el caso que nos ocupa la entidad adjudicadora fijó en el condicionado que cada propuesta de actividad/programa consistente en una mejora sería valorada con un máximo de 2 puntos y que el total de puntos máximo a alcanzar en este apartado era de diez puntos. Por tanto, ninguna duda puede producirse en la aplicación de este criterio de adjudicación, dado el tenor literal del mismo: las empresas podían ofertar cuantas mejoras consideraran oportunas y cada una de ellas se valoraría individualmente hasta un máximo de dos puntos, pero el máximo de puntos a otorgar era de diez por lo que, en caso de superarse esta cifra

al sumar todas las valoraciones individuales, la puntuación no podía sobrepasar los diez puntos.

En consecuencia, la asignación de puntos en este apartado se realizó correctamente, con sometimiento pleno al condicionado (ley del contrato) que, además de ser firme y consentido por la parte reclamante, obligaba a la Administración a actuar de esa manera.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.A.R., en representación de “Gure Urtats Adur, S.L.”, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Barañáin, de fecha 16 de junio de 2017, por el que se adjudica el contrato de asistencia para desarrollar e impartir las escuelas deportivas infantiles y las actividades deportivas para personas adultas y de tercera edad del Ayuntamiento de Barañáin.

2º. Notificar este acuerdo a “Gure Urtats Adur, S.L.”, al Ayuntamiento de Barañáin, así como al resto de interesados que figuren en el 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, 3 de octubre de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.