



Expediente: 27/2024

ACUERDO 25/2024, de 3 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE PRODUCCIÓN CINEMATOGRAFICA Y AUDIOVISUAL DE NAVARRA frente al pliego regulador del *“Acuerdo marco para la selección de los servicios de fotografía y vídeo con destino a las sociedades públicas del Gobierno de Navarra”*, licitado por la Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 14 de marzo de 2024 la Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U. (en adelante CPEN) publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del *“Acuerdo marco para la selección de los servicios de fotografía y vídeo con destino a las sociedades públicas del Gobierno de Navarra”*. La publicación de dicho anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra se produjo el 15 de marzo.

El objeto del acuerdo marco se dividió en dos lotes, teniendo por objeto el lote 1 la prestación de servicios de fotografía, y el lote 2 de servicios de vídeo y audio.

El plazo de presentación de ofertas era el comprendido entre el 15 de marzo y el 15 de abril a las 10:00 horas.

El 26 de marzo se publicó una aclaración al anuncio de licitación con la siguiente denominación: *“SEÑALAMIENTO DEL EVENTO PARA LA REALIZACIÓN DEL EJERCICIO”*.

Con fechas 5 y 10 de abril se publicaron sendas aclaraciones dando nueva redacción a la cláusula 31 de las condiciones reguladoras del contrato.

SEGUNDO. - Con fecha 12 de abril, la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE PRODUCCIÓN CINEMATOGRAFICA Y AUDIOVISUAL DE NAVARRA interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al pliego regulador del contrato.

El 15 de abril se requirió la subsanación de la reclamación presentada, la cual se cumplimentó el 16 de abril.

Señala la reclamante que en las condiciones reguladoras se indica que todas las personas o entidades candidatas debían presentar una muestra de fotografías o vídeos de un evento señalado por CPEN que tendría lugar, a elegir, entre las fechas de 2 de abril de 2024, sobre una rueda de prensa sobre el festival Lindy Swing, o la de 8 de abril, para una clase de baile y un desfile por las calles de Pamplona sobre el mismo tema del Swing. Esta adenda al pliego de condiciones se publicó el 26 de marzo.

Manifiesta que el 5 de abril se publicó una aclaración de las condiciones reguladoras relacionada con la propiedad de los trabajos, en concreto, sobre el apartado 31 de las condiciones reguladoras, en la que se indica: *“La totalidad de los trabajos realizados bajo el presente contrato, así como los soportes, copias y archivo de los trabajos, son propiedad de la entidad contratante del servicio, no debiendo el adjudicatario hacer ningún uso o divulgación, ni de unos ni de otros, bien sea en forma total o parcial, directa o extractada, sin autorización expresa del mismo”*.

Igualmente, el 10 de abril se publicó una nueva aclaración de las condiciones reguladoras también relacionada con la propiedad de los trabajos, en su apartado 31, en la que se indica: *“La totalidad de los trabajos realizados bajo el presente contrato son propiedad de la entidad contratante del servicio, no debiendo el adjudicatario hacer ningún uso o divulgación, bien sea en forma total o parcial, directa o extractada, sin autorización expresa del mismo”*.

Alega la reclamante que tanto el evento al que se convocó a las personas y entidades candidatas, como las condiciones y aclaraciones posteriores que se publicaron en relación al apartado 31, no cumplen con la finalidad del acuerdo marco, ya que la

licitación no puede tener una finalidad comercial sobre los materiales entregados tras el evento, ni tampoco puede ser objeto de esta licitación la adquisición de la propiedad de todos los materiales entregados para cumplir con los requisitos y bases de la misma, ya que esta no es la naturaleza propia de cualquier convenio administrativo.

Igualmente, alega que se ha incumplido con la obligación de transparencia al aclarar qué va a suceder con los contenidos y materiales creados durante los eventos del 2 y 8 de abril, ya que se han publicado aclaraciones relacionadas con los derechos de propiedad intelectual de estos materiales después de haberse producido los eventos en cuestión.

Alega que los profesionales pueden demostrar su calidad y experiencia con trabajos ya ejecutados a lo largo de su trayectoria profesional, y que para acreditarla no es necesario que acudan a trabajar sin garantías de ningún tipo, tampoco de remuneración, a los eventos indicados, ni tampoco entregar la propiedad de todos los materiales creados en los mismos, sin cumplir con la normativa de propiedad intelectual, ya que ese material va a quedar en manos de la entidad convocante, con independencia de que el profesional sea el adjudicatario del servicio.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se declare la nulidad o anulabilidad de la licitación, así como que se adopten las medidas cautelares que sean necesarias para garantizar que los materiales que los licitadores hayan entregado hasta la fecha, sean recogidos en un soporte que sea depositado ante este Tribunal para garantizar que los mismos no sean accesibles o utilizados por CPEN hasta que se resuelva este recurso.

TERCERO. - Con fecha 12 de abril se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 17 de abril, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado

aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el mismo 17 de abril el órgano de contratación aportó el expediente de contratación, formulando las siguientes alegaciones en relación con la reclamación interpuesta:

1ª. Alega la errónea interpretación que hace la reclamante sobre las aclaraciones efectuadas con motivo del presente procedimiento de licitación, confundiendo los materiales que las entidades licitadoras han de entregar en el marco del procedimiento de selección a los solos efectos de valorar el criterio de selección 1 “Propuesta técnica”, con los trabajos que se contraten durante la ejecución del acuerdo marco.

Señala que, en este contexto, las condiciones reguladoras del acuerdo marco estructuran el procedimiento por capítulos, distinguiendo el capítulo II “Procedimiento de selección” y el capítulo III “Ejecución de los trabajos”, encontrándose la discutida estipulación 31 “Propiedad de los trabajos” en este último.

Manifiesta que las aclaraciones realizadas el 5 y el 10 de abril se hicieron tras sendas comunicaciones de la Junta de Asociación de Reporteros Gráficos de Navarra-Nafarroako Albistari Grafikoen Elkartea (AREGNA-NAGE), que solicitó, en un primer momento, la retirada de la referencia a la propiedad intelectual al ser este un derecho inalienable e intransferible de sus autores. Respecto a la segunda aclaración señala que no es voluntad de CPEN que la entidad prestadora del servicio asuma el coste de un eventual pendrive, tarjeta gráfica o similar (soporte) que se utilice para entregar un reportaje, por lo que, procedió a eliminar toda referencia al respecto. Señala que ello se hizo para evitar cualquier posible obstáculo a la concurrencia, competencia y/o requerimiento desproporcionado o abusivo en el pliego regulador.

Alega que las aclaraciones nada tienen que ver ni con la propiedad de las muestras, ni tienen una “*finalidad comercial*”, ni afectan a los derechos de propiedad intelectual de las muestras realizadas durante el evento en el marco del procedimiento de selección, como manifiesta la reclamante. Señala que dichas muestras únicamente

tienen por cometido formar parte de la oferta al objeto de poder aplicar los criterios de selección del pliego regulador, los cual están establecidos de conformidad con la estipulación 64 de la LFCP.

Manifiesta que la licitación tampoco tiene por finalidad *“la adquisición de la propiedad de todos los materiales entregados para cumplir con los requisitos y bases de la licitación”*, y que los materiales a entregar como parte de la oferta estarán en formato digital (no físico), y serán entregados a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra (PLENA).

Señala que, adicionalmente, esgrime la reclamante el incumplimiento de la obligación de transparencia por parte de la entidad licitadora por *“aclarar qué va a suceder con los contenidos y materiales creados durante los eventos del 2 y 8 de abril, ya que se han publicado aclaraciones relacionadas con los derechos de propiedad intelectual de estos materiales, después de haberse producido los eventos en cuestión”*, respecto a lo que manifiesta que queda patente que las aclaraciones se referían a la regulación de los trabajos entregados en fase de ejecución de los servicios, poniendo de manifiesto la errónea interpretación que realiza la parte reclamante.

Respecto al tratamiento de los contenidos y materiales creados para la oferta, aduce que el pliego regulador expresamente prevé en la estipulación 17 que *“CPEN procederá al respecto de la confidencialidad y sigilo respecto de las ofertas presentadas, de conformidad con el artículo 54 de la Ley Foral de Contratos 2/2018”*.

Señala que, además, en lo referente a la regulación de la fase de selección, el contenido del pliego de condiciones reguladoras cumple estrictamente lo previsto en los artículos 58 y siguientes de la LFCP. A mayor abundamiento, en el propio anuncio de licitación se incluye en “información adicional”, de forma expresa, la recomendación de suscribirse a dicho anuncio, circunstancia que conlleva que la persona suscrita reciba una comunicación ante cualquier novedad al respecto (como la publicación de una aclaración). En este sentido, trasladar que en el evento programado se acreditaron hasta un total de 22 personas y que, al día de la suspensión de la licitación, constan ya presentadas un total de 3 ofertas.

Manifiesta que todo ello evidencia el cumplimiento de la obligación por parte de CPEN de que todos los licitadores estén razonablemente informados y de actuar de conformidad a lo previsto en las bases reguladoras de la licitación, acreditando el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad mencionados en el artículo 2 de la LFCP.

Señala que cabe invocar la necesaria diligencia del operador económico interesado en presentar oferta para la adjudicación de un contrato, como así lo ha determinado este Tribunal de forma reiterada.

2ª. Alega que es decisión del órgano de contratación, en base a la discrecionalidad técnica que le ampara, determinar los criterios de selección aplicables al contrato y la forma de acreditar los mismos, como ha determinado este Tribunal en sus Acuerdos 53/2023, de 4 de julio, 43/2022, de 13 de mayo y 41/2020, de 25 de junio.

Manifiesta que, en este sentido, la finalidad de señalar un evento común para la realización del ejercicio es homogeneizar la tipología de muestra a aportar por los licitadores respecto de la cual se va a aplicar el criterio de selección nº 1 “Propuesta Técnica” (criterio sujeto a juicio de valor, valorado con 40 puntos sobre un total de 100), garantizando la igualdad de condiciones de los mismos.

Reitera que con las aclaraciones efectuadas se ha pretendido determinar que no hay ninguna transferencia ni cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre los trabajos, respetando los derechos que se contemplan para los autores en la normativa de propiedad intelectual e industrial. La entidad que encargue los trabajos al operador económico que resulte adjudicatario abonará la correspondiente contraprestación económica, en virtud de la oferta realizada por este, lo que conlleva que los trabajos sean propiedad de quien abona la factura correspondiente.

Señala que, en definitiva, las aclaraciones efectuadas respecto a la estipulación 31 no hacen sino eliminar las referencias que en la redacción original existían respecto a los derechos de propiedad intelectual y a la propiedad de los soportes, copias y archivos. En ningún caso se han impuesto nuevas condiciones respecto a la propiedad de los

trabajos, que deben corresponder a la sociedad pública que los encarga y que abona la cuantía correspondiente al operador económico que resulte adjudicatario del servicio.

3ª. En relación a las medidas cautelares solicitadas por la reclamante para garantizar que los materiales que los licitadores hayan entregado hasta la fecha no sean accesibles o utilizados por CPEN, señala que cabe advertir que, estando la licitación suspendida y no habiendo finalizado el plazo de presentación de ofertas, CPEN no puede acceder a las propuestas ni a las muestras presentadas por los licitadores que han presentado oferta.

4ª. Señala que el anuncio de licitación donde se pone a disposición el pliego de condiciones reguladoras se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el 15 de marzo, y que las aclaraciones efectuadas no desvirtúan el objeto de la licitación, ni modifican la determinación de que la propiedad de los trabajos que se encarguen al amparo del acuerdo marco, una vez resulten seleccionados los operadores económicos en aplicación de los criterios de selección, corresponden a la entidad que encargue los mismos, por lo que considera que la reclamación presentada el 12 de abril se ha interpuesto fuera del plazo previsto en el artículo 124.2.a) de la LFCP.

Igualmente, señala que el artículo 124.3 de la LFCP dispone que la reclamación especial deberá fundarse exclusivamente en alguno de los motivos que se indican.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la inadmisión de dicha reclamación por carecer de fundamento y, de forma subsidiaria, por haberse interpuesto fuera del plazo legalmente previsto.

CUARTO. - Con fecha 18 de abril se solicitó al órgano de contratación que procediera a completar el expediente remitido, lo cual hizo en la misma fecha.

QUINTO. - El 18 de abril se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas al objeto de que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - CPEN es una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 4.1.e) de la LFCP, por lo que se encuentra sometida a lo dispuesto en dicha ley foral, siendo susceptibles de impugnación los pliegos de contratación, conforme al artículo 122.2 de la misma.

SEGUNDO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma indicada en el artículo 126.1 de la LFCP.

TERCERO.- Respecto a la legitimación de la reclamante, el artículo 122.1 de la LFCP establece que *“La reclamación especial en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales y personas interesadas en la licitación y adjudicación de un contrato público, así como las organizaciones sindicales”*, añadiendo en su artículo 123.1 que *“La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que éstas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”.

Precepto que reconoce legitimación a las asociaciones representativas de intereses relacionados o afectados por el objeto del contrato que en cada caso se impugne, si bien debe advertirse que tal legitimación no puede suponer en ningún caso el reconocimiento de una suerte de acción popular que habilite a aquellas para intervenir en cualesquiera cuestiones, sin más interés que el meramente abstracto de defensa de la legalidad supuestamente vulnerada.

Constante jurisprudencia preconiza que la legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso e implica una relación material unívoca entre el sujeto y el

objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso sin que sea admisible la acción pública en defensa de la legalidad, salvedad hecha de los sectores del ordenamiento jurídico donde las leyes la reconozcan expresamente, lo que no ocurre en materia de contratación pública.

Así, la amplitud con la que la jurisprudencia ha interpretado el artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por exigencias del artículo 24 de la Constitución, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la exigencia de un interés real. De hecho, como bien apunta la Sentencia 332/2014, de 1 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, uno *“de los ejes sobre los que se ha producido la expansión del concepto de la legitimación activa ha sido la acentuación de la idea de los intereses colectivos o de grupo, como refleja la regulación que hoy hacen las Leyes 29/1998 y 1/2000, acogiendo la evolución iniciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y continuada por el Tribunal Constitucional.*

Pero también, en este aspecto, la ampliación experimentada tiene sus límites y así resulta en cuanto a los intereses colectivos cuya diferencia con los intereses difusos -reconocidos por el art. 7 de la LOPJ, como aptos también para generar un título legitimador- se encuentra en que se residencia en tales entes, asociaciones o corporaciones representativas específicos y determinados intereses colectivos. A diferencia de éstos, los intereses difusos no tienen depositarios concretos y son intereses generales que, en principio, afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento, incluso en normas constitucionales, y que no deben confundirse con la legitimación que nace, excepcionalmente, de la acción popular, que corresponde a cualquier ciudadano y que debe ser reconocida expresamente por la Ley o de una acción de alcance general como reconoce la STEDH 4/81 de 22 de octubre (asunto Dudgeon contra Reino Unido)»

A su vez la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2007 - fundamento de derecho tercero- precisa su doctrina precedente en relación con la legitimación de las asociaciones de la forma siguiente: «(...) en distintos

pronunciamientos de este Tribunal se ha venido exigiendo para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas en orden a impugnar actos o disposiciones administrativas que, además de las condiciones que anteriormente se han señalado, exista un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes.

Se recurrió a la noción de interés profesional para apreciar la legitimación activa de una Asociación de Fiscales para impugnar el nombramiento de un Fiscal por el Gobierno en la STC 24/1987, de 25 de febrero (RTC 19874), y después se aplicó esta jurisprudencia a la Asociación de puertos deportivos y turísticos de Baleares para recurrir una Orden Ministerial que regulaba una determinada tarifa portuaria en la STC 195/1992, de 16 de noviembre. Concretamente, en la STC 47/1990, de 20 de marzo, en la que declaramos la legitimación activa para demandar en amparo de la Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales, indicamos al respecto que en el concepto de interés legítimo «hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines». Por ello, «en la medida en que dicho interés legítimo puede verse también afectado directamente por un acto o disposición recurrible en amparo, por haber infringido un derecho fundamental o libertad pública, debe reconocerse a las personas naturales o jurídicas que invoquen aquel interés legítimo como propio de la legitimación para interponer el recurso, a tenor de lo dispuesto en el art. 162.1 b) de la Constitución» (F. 4).

En el mismo sentido, en la STC 45/2004, de 23 de marzo, reconocimos el derecho del colegio profesional demandante (Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España) para impugnar un reglamento cuyo objeto era organizar y definir los cometidos de los distintos cuerpos y escalas que integran las Fuerzas Armadas. En tal supuesto mantuvimos, por lo que ahora interesa, que para la defensa de los intereses de los profesionales colegiados pueden concurrir tanto los colegios profesionales como los propios colegiados cuando resulten individualmente afectados, así como otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; y que, por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa ante los poderes públicos se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio. Desde esta perspectiva

sostuvimos que la defensa del ámbito competencial de la profesión constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales.

Finalmente también hemos admitido recientemente el recurso de amparo de la Asociación de empresarios de transporte de viajeros de la provincia de Cádiz y de la Federación andaluza empresarial de transporte en autobús sobre la base de la existencia del citado interés profesional, al partir de la premisa de que, cuando concurre este último, existe a su vez el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido (STC73/2006, de 13 de marzo F. 5).»

En el presente caso, tal y consta en el artículo 6 de los Estatutos de la asociación recurrente, esta tiene entre sus fines “a) *La representación, gestión, defensa y promoción de los intereses profesionales, económicos y sociales comunes a sus asociados*”, así como “g) *Representar y gestionar esos intereses ante cualquier instancia pública o privada*”.

Como expone el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1768/2021, de 2 de diciembre, respecto a la legitimación de asociaciones cuando actúan en defensa del interés colectivo de sus asociados, “*La peculiaridad en estos casos es que la actuación de la persona jurídica se hace en defensa de los intereses de sus asociados, de manera que deberá reconocérsele la existencia de interés legítimo siempre que una eventual estimación del recurso genere una ventaja para sus integrantes o la eliminación de un gravamen o situación de desventaja que les afectaba (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 11 de junio de 2013 – Roj STS 3174/2013-, 26 de febrero de 2008 –Roj STS 1052/2008-, 14 de septiembre de 2004 – Roj STS 5670/2004-, 29 de enero de 2002 –Roj STS 514/2002-, 16 de noviembre de 2001 –Roj STS 8951/2001-, 16 de marzo de 1967 –Roj STS 189/1967-, entre otras muchas)*”.

Pues bien, dado que en el presente caso las alegaciones formuladas versan sobre la propiedad intelectual de los trabajos que deben presentar las personas interesadas en la adjudicación del contrato, resulta claro que la reclamación tiene por objeto defender los intereses profesionales representados por la asociación reclamante y no solamente la legalidad del pliego recurrido, debiendo reconocerse a aquella la legitimación requerida.

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

QUINTO. - Con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas por la reclamante, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición relativa a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto hay que señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 que *“La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada”*.

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *“Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral”*.

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *“El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la*

documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos”.

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario adoptar un acuerdo expreso en relación con la misma.

SEXTO. - Alegadas por la entidad contratante la concurrencia de distintas causas de inadmisión de la reclamación, debemos proceder, en primer término, a su examen, toda vez que de su resultado dependerá la procedibilidad del análisis del fondo de las pretensiones ejercitadas.

Al respecto, no podemos sino destacar que la aplicación de los supuestos de inadmisibilidad de la reclamación constituye una cuestión de orden público para la adecuada ordenación del procedimiento y la garantía de seguridad jurídica, y por tanto apreciable de oficio por este Tribunal, con independencia de que alguno de ellos haya sido invocado o no por el órgano de contratación o por licitadores interesados en el procedimiento. De ahí que debemos analizar la alegación relativa a la extemporaneidad de la reclamación a pesar de que el órgano de contratación la haya formulado con carácter subsidiario; cuestión que por razones de sistemática abordaremos con carácter previo a la excepción alegada sobre la carencia de fundamento de la reclamación interpuesta.

Sobre este particular, sostiene la entidad contratante que la reclamación se ha interpuesto fuera del plazo previsto en el artículo 124.2.a) de la LFCP, por cuanto los pliegos reguladores se incluyeron en el anuncio de licitación del contrato publicado con

fecha 15 de marzo, mientras que la reclamación se interpone el día 12 de abril de 2024; sin que las aclaraciones realizadas con posterioridad supusieran una modificación del pliego.

En relación con el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación que nos ocupa, el artículo 124.2 de la LFCP dispone, en lo que ahora interesa, que *“El plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde: a) El día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o del anuncio en el Portal de Contratación de Navarra cuando no sea preceptivo aquel, o de la publicación del anuncio de adjudicación cuando no sea preceptiva la publicación de un anuncio de licitación, para la impugnación de dicho anuncio y de la documentación que figura en él”*. Previendo el artículo 127.3 del mismo cuerpo legal entre las causas de inadmisión de la reclamación su interposición extemporánea.

Efectivamente, y según consta en el expediente administrativo, la publicación del anuncio de licitación en el DOUE tiene lugar el día 14 de marzo, iniciándose al día siguiente el cómputo del plazo para la interposición de la reclamación, interponiéndose ésta el 12 de abril siguiente, esto es, más allá del plazo de diez días naturales habilitado legalmente a estos efectos, por lo que, cuando menos a priori, ésta resultaría extemporánea. Veámoslo.

Sobre el régimen jurídico de las sociedades públicas, el artículo 66 de la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral, dispone que *“Las sociedades públicas, que estarán bajo la tutela del Departamento competente, se regirán por el ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de las especialidades establecidas en la ley foral que regula el Patrimonio de Navarra y en la normativa administrativa aplicable, en materia presupuestaria, contable, de control financiero y contratación”*. Remisión que determina la aplicación de las Directivas en materia de contratación pública de la LFCP, que en su artículo 4.1.e) incluye dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las *“Las entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, consorcios, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados*

o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurran conjuntamente estos requisitos:

1.º Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y no asuman riesgo empresarial.

2.º Que las Administraciones Públicas financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia”.

Régimen jurídico que, a mayor abundamiento, resulta de la propia Ley Foral 8/2009, de 18 de junio, de creación de la Sociedad Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U.

Y así el artículo 34.2 de la LFCP dispone que *“El régimen jurídico de los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no reúnan la condición de Administración Pública será el siguiente:*

a) En cuanto a su preparación y adjudicación, los contratos se regirán por esta ley foral.

b) En lo relativo a efectos y extinción les serán de aplicación las normas de Derecho Privado, salvo lo establecido en esta ley foral sobre condiciones especiales de ejecución, modificación y subcontratación”. Añadiendo el artículo 35 que *“1. Conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que poniendo fin a la vía administrativa versen sobre las siguientes cuestiones:*

a) La preparación y adjudicación de los contratos sometidos a esta ley foral.

b) Los efectos y extinción de los contratos públicos realizados por poderes adjudicadores con la consideración de Administración Pública.

c) Las controversias que surjan en los contratos públicos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública relativas a modificaciones contractuales, subcontratación y condiciones especiales de ejecución. (...).”. Decisiones también susceptibles de ser, como se ha apuntado anteriormente, impugnadas mediante la interposición de reclamación especial en materia de contratación pública ante este Tribunal conforme a lo preceptuado en los artículos 122 y siguientes de la LFCP.

Llegados a este punto, debe repararse en que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, señala en su Anexo V que en los anuncios de licitación en el DOUE debe incluirse la siguiente información: “25. *Nombre y dirección del órgano competente en los procedimientos de recurso y, en su caso, de mediación. Indicación de los plazos de presentación de recursos o, en caso necesario, el nombre, la dirección, los números de teléfono y de fax y la dirección electrónica del servicio del que pueda obtenerse dicha información*”. Obligación exigible a todo poder adjudicador (también pues a las sociedades mercantiles en cuanto actúen como tales), cuya inobservancia, siquiera sólo por aplicación del elemental principio de seguridad jurídica, en ningún caso puede perjudicar el derecho de defensa del que son titulares las personas licitadoras.

De hecho, ya el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 41/2014, de 26 de febrero, puso de relieve la sujeción de estas entidades en su actividad contractual a las prescripciones contenidas en los considerandos 6 y 7 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, en cuya virtud cuando se notifique la decisión de adjudicación los licitadores afectados deben proporcionar la información pertinente que les sea esencial en favor de un recurso eficaz; información que incluye además una exposición resumida de las razones de la decisión, la correspondiente al plazo efectivo de que disponen licitadores y los candidatos afectados para presentar sus procedimientos de recurso; resolución que, partiendo por tanto del carácter preceptivo de la notificación, concluye que el defecto de contenido o forma de practicarse ésta puede convertirse en defectuosa cuando haya causado perjuicio a la defensa del interesado y haya limitado el adecuado ejercicio de sus derechos o le haya producido indefensión pues no cumple la función instrumental propia de la notificación, mientras que en otro caso, el error contenido en la notificación no da lugar a oponer, como pretenden las recurrentes, las consecuencias jurídicas que derivarían de que la notificación fuese insuficiente o irregular.

El mismo órgano administrativo, también con ocasión de una licitación convocada por una sociedad pública, expuso en su Resolución 209/2013, de 26 de diciembre, que *“Una protección jurídica completa de los licitadores frente a la arbitrariedad del poder adjudicador supone la obligación de informar a todos los licitadores de la decisión de adjudicación del contrato antes de que se formalice, para que estos dispongan de una posibilidad real de presentar un recurso que tenga por objeto la anulación de esa decisión, cuando se cumplan los requisitos de motivación del mismo. Esa información ha de ser completa indicando, además de los requisitos mencionados en el fundamento de derecho anterior, la posibilidad de recurso, la expresión del que proceda, órgano ante el que han de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen pertinente”*.

Partiendo de tales premisas, y descendiendo ya a nuestro caso, si acudimos al pliego regulador del contrato podemos comprobar que, al respecto, la cláusula 43 se limita a señalar que *“Las reclamaciones en materia de contratación pública se interpondrán y resolverán según lo establecido en los artículos 122 y siguientes de la LFC”*. Previsión a todas luces insuficiente para satisfacer las garantías a que hemos hecho referencia que, en la medida que no puede perjudicar a los interesados que no han sido debidamente informados de la vía de impugnación seguir y de los requisitos legalmente establecidos para ello por falta de diligencia o error de la entidad contratante al realizar la debida indicación en el pliego o en el anuncio, va a tener consecuencias en lo que respecta al cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación.

Efectivamente, teniendo en cuenta que la cuestión sobre la que ahora debemos resolver no es otra que dilucidar la afección que tal defecto en la información indicada en el pliego tiene en el más que relevante aspecto procedimental correspondiente al plazo de interposición de la reclamación especial, y que el 124.7 de la LFCP al regular el régimen de la reclamación especial en materia de contratación pública determina que *“En todo lo no previsto en esta sección se aplicarán las disposiciones en materia de recursos previstas en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común”*, no podemos sino concluir la aplicación en este caso de la consolidada doctrina de este Tribunal – por todos, Acuerdo 15/2021, de 9 de febrero - relativa a las consecuencias de las notificaciones defectuosas, también aplicable cuando media

publicación en lugar de notificación, como es el caso, conforme a la cual el defecto apreciado sólo puede quedar convalidado desde la fecha en que el interesado realice actos que ponen de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución de que se trate o interponga el recurso procedente.

En consecuencia, el defecto en tal sentido advertido en el pliego publicado en lo que a la indicación de la posible impugnación a través de la reclamación especial se refiere conlleva que ésta sólo produce efectos para la reclamante desde el momento que interpone la reclamación, el día 12 de abril, y por tanto la reclamación no puede considerarse presentada fuera de plazo; lo que determina la desestimación del motivo de inadmisión alegado y la admisión, en este momento procedimental, de la impugnación del criterio de adjudicación relativo a la “Propuesta técnica” previsto en la cláusula 21 del pliego, sobre el que profundizaremos más adelante.

De otro lado, también acredita el expediente administrativo que con fechas 5 y 10 de abril el órgano de contratación publicó sendas aclaraciones a la cláusula 31 del pliego; y ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 49 de la LFCP que determina que *“Los interesados en la licitación obtendrán, a través del Portal de Contratación, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria en el plazo de tres días desde que la soliciten, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. Una solicitud de información formulada dentro de los 3 últimos días del plazo de presentación de ofertas no obligará a la ampliación de dicho plazo”*. Si bien, en cumplimiento de lo preceptuado en el apartado tercero del artículo 46 del mismo texto normativo, en el supuesto de que las aclaraciones realizadas supongan la introducción de modificaciones significativas en el pliego procederá la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación.

Pues bien, como razonamos en nuestro Acuerdo 28/2023, de 25 de abril, las aclaraciones realizadas al pliego por el órgano de contratación constituyen un acto susceptible de impugnación a través de esta concreta vía, como ha sucedido; en cuyo caso, el dies a quo a estos efectos viene determinado por la fecha de la respuesta a la aclaración solicitada, resultando así que también en lo que a la impugnación de este

concreto extremo se refiere la reclamación ha sido interpuesta dentro del plazo legalmente establecido.

Siguiendo con la excepción referida a la carencia de fundamento de la reclamación interpuesta, debemos traer a colación la doctrina de este Tribunal que partiendo de que el derecho a la tutela judicial efectiva impone una interpretación restrictiva de la concurrencia de las causas de inadmisión de las reclamaciones, pone de relieve que ésta queda restringida a aquellos supuestos en que la carencia de fundamento de la reclamación resulte manifiesta, esto es, apreciable sin necesidad de realizar, para llegar a tal conclusión, complejos razonamientos sobre la cuestión de fondo planteada. Así lo indicamos en nuestro Acuerdo 7/2022, de 12 de enero, donde razonamos que *“conviene advertir que la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, la interpretación de las causas que en relación con los mismos establezcan las normas que en cada caso los regulen, son de interpretación estricta, resultando, además, que el principio “pro actione” exige restringir al máximo las causas de inadmisibilidad de los recursos, si bien debe ser entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. Así lo viene declarando de forma reiterada el Tribunal Constitucional – por todas, Sentencia de 11 de abril de 2013 -, pone de relieve que “Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican”*.

Debe traerse a colación, en este sentido, la doctrina constitucional en materia de acceso a la jurisdicción contenida, entre otras muchas, en la STC 102/2009: “corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda

la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda. En esta tarea el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico pro actione, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí proscribe aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la ratio del precepto legal aplicado, incurren en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurso en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio pro actione, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas)".

Quiere ello decir que el derecho a la tutela judicial efectiva - como afirma el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 40/1994, de 25 de febrero - si bien también se satisface cuando el pronunciamiento Jurisdiccional no sea de fondo, sino de inadmisión, ello ha de ser siempre que ésta se funde en una causa prevista en la Ley interpretada en los términos más favorables a la efectividad del acceso a la Jurisdicción para obtener una resolución de fondo y aplicada razonada y razonablemente.

El artículo 124.3 LFCP determina que “La reclamación especial deberá fundarse exclusivamente en alguno de los siguientes motivos:

a) Encontrarse incurso el adjudicatario en alguna de las causas de exclusión de la licitación señaladas en esta ley foral.

b) La falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario.

c) Las infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados.

d) Los encargos a entes instrumentales, que se realicen con infracción de los preceptos de esta ley foral, por considerar que debieron ser objeto de licitación.

e) Las modificaciones de contratos que se realicen con infracción de los preceptos de esta ley foral, estén previstas o no en el contrato inicial, por considerar que debieron ser objeto de licitación. En este caso, ostentarán legitimación activa para reclamar únicamente las personas que hayan sido admitidas a la licitación del contrato inicial.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones”.

Por su parte, el artículo 127.3 del mismo cuerpo legal dispone que “Serán causas de inadmisión de la reclamación:

a) La interposición extemporánea.

b) La falta de legitimación del reclamante.

c) La falta de subsanación de la solicitud.

d) La falta de competencia del tribunal.

e) La carencia manifiesta de fundamento.

f) La presentación fuera del cauce telemático establecido en esta ley foral o en su normativa de desarrollo”.

En consecuencia, de dichos preceptos resulta que las causas de interposición de la reclamación en materia de contratación pública son tasadas, de manera que para determinar la procedencia o no de la misma debe analizarse previamente si el supuesto coincide con alguno de los previstos en la norma y que tienen carácter de "numerus clausus"; análisis que requiere, conforme al principio de seguridad jurídica, una interpretación restrictiva de la concurrencia de causa de inadmisión fundada en tal motivo. Interpretación restringida que se impone, especialmente, en lo referente a la

ausencia de fundamento, a fin de evitar que esta vía sea utilizada como una fórmula de desestimación anticipada de la reclamación.

Debe advertirse, además, que la interpretación de todas las causas de inadmisión debe preservar el efecto útil de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos; que aconseja una interpretación de las causas de inadmisión, que facilite el control de las posibles ilegalidades.”

Como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 127/2018, de 12 de abril, por recurso que carece manifiestamente de fundamento, a efectos de su inadmisión a trámite, debe entenderse el que puede ser desestimado sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del asunto, por ser notoriamente improsperable la pretensión deducida a través del mismo. Imponiéndose, por tanto, limitar tal causa de inadmisión a aquellos supuestos en que la falta de fundamento aparezca como evidente y palmaria, a primera vista y cuando sea apreciable mediante sumarísimo enjuiciamiento del fondo del asunto”.

Pues bien, la aplicación de la doctrina citada al supuesto analizado nos conduce a rechazar la concurrencia de la causa de inadmisión alegada, pues en contra de lo alegado por la entidad contratante, la reclamación si tiene fundamento en los motivos tasados de impugnación que refiere el artículo 124 de la LFCP. Y así, lo cierto es que lo que la reclamante alega es la infracción de las normas de publicidad en la licitación del contrato, derivada del incumplimiento de la obligación de transparencia en relación con las aclaraciones realizadas al pliego por el órgano de contratación, así como en la infracción de las normas de concurrencia por los criterios de adjudicación fijados en el pliego.

Así pues, y recapitulando, no concurren ninguna de las causas de inadmisión alegadas de contrario por el órgano de contratación, procediendo, por tanto, su desestimación y el examen de las cuestiones de fondo alegadas por la reclamante.

SÉPTIMO.- Entrando, ahora ya sí, en las cuestiones de fondo planteadas, cuestiona la reclamante la legalidad de la cláusula 31 del pliego que fue, como se ha

dicho, objeto de sendas aclaraciones por parte del órgano de contratación; indicando al respecto que el acuerdo marco no puede tener por finalidad la adquisición de la propiedad de los materiales que los licitadores entreguen como muestra, lo que vulnera la normativa de propiedad intelectual, así como que se ha incumplido la obligación de transparencia al realizarse las aclaraciones correspondientes a dicha cuestión una vez realizados los eventos fijados para realizar las muestras a presentar. Oponiendo de contrario el órgano de contratación que la reclamante realiza una errónea interpretación de las aclaraciones publicadas, ya que la cláusula 31 del pliego hace referencia a la propiedad de los trabajos que se van a encargar a los adjudicatarios del acuerdo marco, y no de los materiales que los licitadores entregarán a los efectos de la valoración de sus ofertas.

Este Tribunal ha puesto de manifiesto en anteriores ocasiones, por todos, Acuerdo 1/2024, de 9 de enero, la obligación de transparencia que resulta exigible al órgano de contratación en la redacción del pliego y del anuncio de licitación, como garantía de igualdad de todos los licitadores. Obligación de transparencia que, como señala el citado Acuerdo *“implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, Succhi di Frutta, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO)”. Obligación de transparencia a que alude el artículo 2.1 de la LFCP cuando*

prevé que “Las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad, interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea”.

También el Acuerdo 19/2021, de 24 de febrero, prevé que “como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de abril de 2019, rige en materia de contratación el principio general de que los términos confusos, ambiguos u oscuros de los pliegos contractuales no puede perjudicar a la parte que no los ha redactado, correspondiendo por el contrario al órgano de contratación comprobar y velar por que las condiciones regidoras del procedimiento de licitación sean absolutamente claras e inequívocas y no induzcan a confusión en aras a preservar la pureza del procedimiento y la igualdad de trato de las ofertas de las licitadoras”.”

Siendo esto así, el análisis de la infracción de la obligación de transparencia alegada por la reclamante demanda, el examen, bajo tales postulados, de las cláusulas del pliego relacionadas con las muestras a presentar por los licitadores.

Y así, la cláusula 4 de sus condiciones reguladoras dispone que el acuerdo marco tiene por objeto la contratación de los servicios de fotografía y vídeo con destino a las sociedades públicas del Gobierno de Navarra, incluyendo un lote 1 (Fotografía), que comprende el *“Servicio de reportaje fotográfico de carácter informativo o institucional vinculados a iniciativas, actos y eventos propios de SSPP, así como cualquier otro servicio fotográfico que se pueda requerir (instalaciones, personal, etc.)”*, y un lote 2 (Vídeo y audio), que incluye el *“Servicio de grabación, edición y emisión por streaming de actos o actividades vinculado a iniciativas, actos y eventos propios de las SSPP, así como desarrollo integral de vídeos o audios en cualquier tipo de formato, duración, público destinatario, tales como vídeos corporativos, vídeo resumen de actos o proyectos, videologos, audiologos, audioguías, podcasts, etc.”*.

Por su parte, la cláusula 18 sobre el contenido de las ofertas, señala que la propuesta relativa a los criterios sometidos a juicio de valor debía incluirse en el sobre 1, con el siguiente contenido: *“1. Propuesta técnica*

Se adjuntará un archivo electrónico con los siguientes contenidos:

Lote 1:

La persona licitadora presentará una muestra de un reportaje fotográfico de un evento señalado por CPEN durante el plazo de presentación de ofertas, que consistirá en:

- 5 fotografías originales, en formato JPG*
- Texto explicativo: en el que se justificarán los elementos que componen el reportaje (enfoques elegidos, intención que se pretende transmitir, etc.).*

Extensión máxima 2 páginas (caras) DIN A4, tipo de letra arial o similar, de tamaño mínimo 10p., interlineado sencillo o superior.

Características del evento:

- CPEN informará del evento (horario, fechas, lugar, etc.) y de los términos del ejercicio a realizar (ubicación y presencia máxima durante el evento, número de fotografías máxima a presentar, planos mínimos, etc.) a través de una adenda que se publicará como aclaración en el anuncio de licitación con antelación suficiente a la celebración del referido evento y con margen para la preparación de la oferta y presentación dentro del plazo establecido. Para asistir al evento, se deberá solicitar la correspondiente acreditación a través de la persona de contacto identificada en la adenda.*

Lote 2:

La persona licitadora deberá presentar una muestra de un vídeo de un evento señalado por CPEN durante el plazo de presentación de ofertas, que consistirá en:

- Un vídeo en formato mp4, de duración máxima 1 minuto.*
- Texto explicativo: en el que se justifique el trabajo realizado (técnica, intención que se pretende transmitir, etc.) Extensión máxima 2 páginas (cara) DIN A4, tipo de letra arial o similar, de tamaño mínimo 10p., interlineado sencillo o superior.*

Señalamiento del evento:

- CPEN informará del evento (horario, fechas, lugar, etc.) y de las instrucciones para el acceso y estancia durante el mismo, mediante una adenda que se publicará como aclaración en el anuncio de licitación con antelación suficiente a la celebración del referido evento y con margen para la preparación de la oferta y presentación dentro del plazo establecido.”*

Relacionado con ello, la cláusula 21 contempla como criterio sometido a juicio de valor la propuesta técnica, en los siguientes términos: “1. *Propuesta técnica (40 puntos)*

Lote 1:

Se valorará con hasta 40 puntos la calidad del reportaje fotográfico, atendiendo a:

a) Su morfología: calidad de los enfoques; encuadres; luminosidad: hasta un máximo de 15 puntos.

b) Contenido: Capacidad de captar los elementos esenciales del evento; capacidad de transmitir el mensaje o intención que se pretende; capacidad de captar la atención del espectador/a y creatividad y originalidad: hasta un máximo de 25 puntos.

Los fotomontajes serán valorados con 0 puntos.

Lote 2:

Se valorará con hasta 40 puntos la calidad del vídeo, atendiendo a:

a) Su morfología: calidad de los encuadres, planos, secuencias, etc.; calidad de la iluminación y calidad del sonido: hasta un máximo de 15 puntos.

b) Contenido: Capacidad de captar los elementos esenciales del evento y capacidad de síntesis; capacidad de transmitir el mensaje o intención que se pretende; capacidad de captar la atención del espectador/a y creatividad, originalidad e innovación: hasta un máximo de 25 puntos.

Puntuación MÍNIMA (Criterio 1)

Se establece una puntuación mínima de 20 puntos.

La obtención de una puntuación inferior a la mínima supondrá la exclusión de la oferta, sin perjuicio, adicionalmente, de la facultad de desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato, todo ello de conformidad con el artículo 59.2.c de la LFC.”

Por último, la cláusula 31 “Propiedad de los trabajos” dispone que “La totalidad de los trabajos realizados bajo el presente contrato, así como los soportes, copias y archivo de los trabajos, son propiedad de la entidad contratante del servicio, incluido los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos, no debiendo el adjudicatario hacer ningún uso o divulgación, ni de unos ni de otros, bien sea en forma total o parcial, directa o extractada, sin autorización expresa del mismo”.

Tal y como señala la reclamante, el 26 de marzo se publicó en el anuncio de licitación del contrato una adenda al pliego bajo la denominación “SEÑALAMIENTO

DEL EVENTO PARA LA REALIZACIÓN DEL EJERCICIO”, donde en lo que aquí interesa, indica lo siguiente:

“CONDICIONES DEL EVENTO

Para la realización del reportaje fotográfico (lote 1) o vídeo (lote 2), se establece el evento:

Spring Lindy Weekend

Durante el transcurso del evento, se podrá elegir entre los siguientes actos para la realización del ejercicio:

1. Rueda de prensa: 2 de abril a las 11 horas. Sala de prensa de Baluarte.

2. Second Line: 7 de abril. Plaza Baluarte (sucede en exteriores):

- Clase de baile abierta a todos los públicos de 12 a 13 horas en Plaza Baluarte, seguido de shows y salida de la Parade a las 13:30 horas.

Los profesionales podrán realizar el ejercicio en uno o varios de los actos señalados”.

De igual modo, con fecha 5 de abril se publicó la siguiente aclaración a la cláusula 31 de las condiciones reguladoras: *“Se suprime la expresa mención a la propiedad de los derechos de propiedad intelectual de los trabajos, quedando redactada la estipulación 31 de la siguiente manera:*

31. PROPIEDAD DE LOS TRABAJOS

La totalidad de los trabajos realizados bajo el presente contrato, así como los soportes, copias y archivo de los trabajos, son propiedad de la entidad contratante del servicio, no debiendo el adjudicatario hacer ningún uso o divulgación, ni de unos ni de otros, bien sea en forma total o parcial, directa o extractada, sin autorización expresa del mismo”.

Finalmente, el 10 de abril se publicó una nueva aclaración relativa a la misma cláusula: *“Se elimina la referencia a soportes, copias y archivos de la estipulación 31 de las Condiciones Reguladoras, quedando redactada de la siguiente manera:*

31. PROPIEDAD DE LOS TRABAJOS

La totalidad de los trabajos realizados bajo el presente contrato son propiedad de la entidad contratante del servicio, no debiendo el adjudicatario hacer ningún uso o divulgación, bien sea en forma total o parcial, directa o extractada, sin autorización expresa del mismo”.

Basta la lectura de las cláusulas transcritas para la desestimación del motivo de impugnación alegado, pues como bien señala el órgano de contratación, la cláusula 31 del pliego alude a la propiedad de la *“totalidad de los trabajos realizados bajo el presente contrato”* no de las muestras a incluir en las propuestas; y así lo evidencia más si cabe el hecho de que dicha cláusula tiene como destinatario de la obligación impuesta a quien resulte adjudicatario y no a las personas licitadoras, pues señala expresamente que *“no debiendo el adjudicatario hacer ningún uso o divulgación, bien sea en forma total o parcial, directa o extractada, sin autorización expresa del mismo”*. Conclusión avalada también por la ubicación sistemática de la controvertida cláusula, dentro del capítulo III de las condiciones reguladoras, correspondiente a la ejecución del acuerdo marco, y no en el capítulo II donde se regula el procedimiento de selección.

En consecuencia, resulta evidente que, contrariamente a lo alegado, dicha cláusula se refiere a los trabajos que las empresas seleccionadas desarrollen al amparo de contratos derivados del acuerdo marco, y no a las muestras que los licitadores deben presentar al objeto de aplicar el criterio de adjudicación previsto en la cláusula 21, de donde no cabe sino concluir que en ningún caso atribuye al órgano de contratación la propiedad de dichas muestras; resultando así que, siendo precisamente tal errónea atribución el motivo de impugnación, no cabe sino su desestimación.

Relacionado con lo anterior, lo cierto es que la reclamante viene a cuestionar la legalidad de la valoración de la muestra del reportaje o video a realizar en los eventos indicados al efecto, con fundamento en que las licitadoras pueden demostrar su calidad y experiencia con trabajos ya ejecutados a lo largo de su trayectoria profesional sin necesidad de cubrir los eventos indicados.

Sobre los criterios de adjudicación, dispone el artículo 64 de la LFCP que *“se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos: “a) Estarán vinculados al objeto del contrato. b) Serán formulados de manera precisa y objetiva. c) Garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva”*, de manera que, de acuerdo con su apartado 2, *“Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de*

vida, incluidos los factores que intervienen: a) En el proceso específico de su producción, prestación o comercialización. b) En un proceso específico de cualquier otra etapa de su ciclo de vida”.

Tal y como hemos señalado de manera reiterada - por todos, Acuerdo 8/2021, de 25 de enero - los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica en la fijación de los criterios de adjudicación del contrato, dado que estos tienen por finalidad determinar cuál es la mejor oferta de las presentadas durante la licitación, siendo dichos órganos los que mejor conocen las necesidades a satisfacer a través del contrato. Discrecionalidad que sólo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa; si bien tales criterios han de reunir, en síntesis, las siguientes características: han de estar directamente vinculados al objeto, ser objetivos; no otorgar una libertad incondicional de elección, estar ponderados, figurar en el anuncio de licitación o en los pliegos y respetar los principios rectores de la contratación pública.

Y en este contexto, también hemos tenido ocasión de confirmar la legalidad de la valoración de las muestras presentadas por los licitadores como criterio de adjudicación, pues como razona la Resolución 255/2018, de 16 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“las muestras pueden ser solicitadas asimismo para proceder a valorar su calidad como criterio de adjudicación y específicamente, en los contratos de suministros como el que nos ocupa, para la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas al producto a suministrar.*

Por tanto, las muestras pueden ser aportadas para apreciar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, para apreciar la calidad del producto a efectos de su valoración y como acreditación de la solvencia técnica, debiendo ajustarse su tratamiento al régimen jurídico de cada uno de tales aspectos.

(...)

Tal y como se establece en el Informe 4/2006, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “es aceptable la presentación

de muestras tanto para verificar la solvencia de los licitadores, así como criterio de adjudicación”. No obstante, ambas fases se regulan por normas diferentes, estando la primera dirigida a identificar la aptitud de la empresa para producir un resultado determinado. Esta posibilidad de doble valoración permite que distintas características, no distintas muestras, tengan un tratamiento diferencial como criterio de solvencia y como criterio de adjudicación, pudiendo las últimas presentarse en sobre cerrado y mantenerse en secreto hasta la apertura de proposiciones.

Del mismo modo, la presentación de muestras en cada uno de esos dos momentos produce efectos distintos, los cuales vendrán a su vez determinados por las normas que rijan cada una de esas fases. Así, si se incumple la condición de la presentación de muestras como requisito de solvencia técnica a fin de comprobar la adecuación al PPT y la capacidad de ejecución de ese contrato de suministro por parte del adjudicatario, no produce el mismo efecto que si se incumple la presentación de muestras como criterio de adjudicación y, por tanto, como determinante de una mayor valoración al licitador, de manera que, en este último caso el tratamiento que debe seguirse respecto de la posibilidad de subsanación viene expresamente regulado en el artículo 81, 2 y 84 del Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), permitiéndose esta opción, a diferencia del primer caso, relativo a la solvencia para comprobar la adecuación al PPT, en el que, si no se cumplen las condiciones establecidas en el pliego y no se acredita así con las muestras presentadas, ya no cabe la posibilidad de subsanación pasado ese momento, puesto que con ello se alteraría el principio de igualdad de trato entre los licitadores, produciendo el favorecimiento de aquél a quien se le hubiera dado la posibilidad de presentar otras muestras distintas o de distinto tipo, características o número, en un momento posterior.”

Sentado lo anterior, lo que la reclamante cuestiona es la previsión de que las muestras que van a ser objeto de valoración deban realizarse en uno de los dos eventos señalados por el órgano de contratación, en lugar de permitirse aportar muestras de cualquier trabajo previo de los licitadores; si bien lo cierto es que no llega a concretar que tal circunstancia infrinja alguno de los requisitos que respecto a la formulación de los criterios de adjudicación contempla el precitado artículo 64 de la LFCP a los que antes hemos hecho referencia. Infracción que tampoco aprecia este Tribunal, pues tal

criterio guarda vinculación con el objeto del contrato y está formulado en términos precisos y objetivos, sin apreciarse tampoco que pueda generar discriminación alguna en su aplicación. No pudiendo tener, de igual modo, favorable acogida el argumento relativo a la falta de remuneración del trabajo desarrollado en dichos eventos, pues la LFCP no contempla ningún tipo de remuneración o pago a las licitadoras por los trabajos a incluir en las propuestas técnicas, más allá de los premios o pagos previstos a los participantes en los concursos de proyectos en el artículo 79 de la LFCP que no es el caso.

En definitiva, la reclamante más allá de mostrar su desacuerdo con la utilización en este caso del criterio de adjudicación cuestionado como uno de los parámetros para valorar las ofertas, no ha acreditado que, en los términos en que está formulado en el pliego, vulnere los principios de no discriminación, igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia; procediendo, por tanto también, la desestimación de la reclamación en este punto.

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

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE PRODUCCIÓN CINEMATOGRAFICA Y AUDIOVISUAL DE NAVARRA frente al pliego regulador del *“Acuerdo marco para la selección de los servicios de fotografía y vídeo con destino a las sociedades públicas del Gobierno de Navarra”*, licitado por la Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U.

2º. Notificar este acuerdo a la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE PRODUCCIÓN CINEMATOGRAFICA Y AUDIOVISUAL DE NAVARRA, a la Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U., así como al resto de interesados

que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y ordenar su publicación en la página web 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 mayo de 2024. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.