TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 19 64 – 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarrra.es

Expediente: 91/2022

ACUERDO 6/2023, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don L. F. R. B., en nombre y representación de LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L., frente a la Resolución 472E/2022, de 15 de diciembre, de la Directora General de Presupuestos, Patrimonio y Política Económica, por la que se adjudica a SACYR FACILITIES, S.A. el lote 4 del contrato del servicio de limpieza de los locales de uso administrativo del Gobierno de Navarra y sus organismos autónomos adscritos durante el año 2023.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de septiembre de 2022 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación de la contratación de los servicios de limpieza de edificios destinados a oficinas de los distintos Departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos Autónomos.

La publicación de dicho anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 28 de septiembre.

El objeto de dicho contrato se dividió en 17 lotes, comprendiendo cada uno un diverso número de locales.

Los licitadores que concurrieron al lote 4, que agrupa locales de la zona de Milagrosa-2º Ensanche, fueron los siguientes:

- RAMON LÁZARO MARTÍNEZ
- LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

- SACYR FACILITIES, S.A.
- ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A.
- SOLDENE, S.A.
- ZAINTZEN, S.A.
- GESLAGUN, S.L.
- LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L.
- DISTRIVISUAL, S.L.
- ARALIA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A.
- OMEGA SERVICIOS ESPECIALIZADOS, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de noviembre Mesa de Contratación procedió a abrir el único sobre previsto en el pliego regulador del contrato, comprensivo del DEUC, de la indicación del correo electrónico de la licitadora a efectos de notificaciones y de la oferta relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas objetivas, encomendando a una de las vocales la valoración de las ofertas y al secretario la revisión del DEUC y de la restante documentación aportada por los licitadores.

El 14 de noviembre la Mesa de Contratación examinó el informe de valoración de las ofertas elaborado el día 9, solicitando a RAMON LÁZARO MARTÍNEZ, respecto al lote 4, la justificación de su oferta económica y del precio/hora de los servicios extraordinarios al ser considerados anormalmente bajos. Igualmente, se le solicitó dicha justificación por entender que su oferta no cubría los costes laborales del servicio.

Con fecha 24 de noviembre se acordó la exclusión de dicho licitador, al no justificar debidamente su oferta económica, así como la solicitud de justificación de su oferta económica a SACYR FACILITIES, S.A., siguiente oferta con mayor puntuación, al no cubrir los costes laborales del servicio.

El 12 de diciembre la Mesa de Contratación acordó admitir la oferta formulada por dicho licitador, en base al informe técnico elaborado por una de sus vocales el 5 de diciembre, proponiendo la adjudicación del lote 4 a la misma.

Por la Resolución 472E/2022, de 15 de diciembre, de la Directora General de Presupuestos, Patrimonio y Política Económica, se adjudicó a SACYR FACILITIES, S.A. el lote 4 del contrato de limpieza.

TERCERO.- Con fecha 22 de diciembre, don L. F. R. B. interpuso, en nombre y representación de LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la adjudicación de dicho lote, formulando las siguientes alegaciones:

Única. Infracción del principio de concurrencia (así como de publicidad y transparencia) y de los criterios de adjudicación, así como del pliego, por adjudicación a oferta anormalmente baja

Señala que, conforme al artículo 98 de la LFCP, no procede adjudicar contratos a ofertas que sean anormalmente bajas (que se presume no van a cumplir el contrato) porque vulnera los principios básicos de la contratación ya que no se adjudicaría a la oferta más ventajosa.

Manifiesta que, igualmente, es claro que con independencia de lo que señale el pliego (que puede concretar o determinar desde cuándo se presume en todo caso que existe una oferta anormalmente baja), si una oferta se demuestra que es anormalmente baja (aunque cumpla lo previsto en el pliego para no presumirse anormalmente baja) no puede ser objeto de adjudicación, máxime en el presente supuesto en el que la mercantil reclamante interpuso un recurso de alzada contra el pliego por entenderlo en dicho extremo disconforme a derecho, recurso que no se ha resuelto y que se adjunta como documento 2.

Alega que en el presente caso el precio de oferta y adjudicación del lote impugnado infringe el precepto trascrito y hace presumir que el contrato no se va a cumplir regularmente.

Señala que el precio de la prestación de servicios de limpieza está basado en tres elementos, que son la mano de obra directa, los aprovisionamientos y los gastos de estructura y organización, si bien la Mesa de Contratación se ha centrado, a la hora de valorar la anormalidad de la oferta, en la comprobación de si la misma cubre los costes laborales y sociales, "*sin entrar a valorar si se cubren los costes necesarios para llevar a cabo la labor de organización del servicio, supervisión de las labores, gestión del personal, etc., es decir, no entra a valorar el coste de aprovisionamientos, utillaje, servicios exteriores, amortización de inversiones, gastos financieros, etc. etc. tan imprescindible como los laborales para la viabilidad del servicio que se pretende contratar*".

Manifiesta que el artículo 66.3.b) de la LFCP dispone que "*la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación, como mínimo, del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora, más las mejoras precio/hora del convenio más los costes de la Seguridad Social*", si bien ello no ha de suponer que no deban valorarse el resto de elementos (aprovisionamientos y gastos de estructura), pues la oferta debe ser suficiente para garantizar la viabilidad del servicio contratado y si no se presupuestan adecuadamente estos dos elementos, el servicio no será viable.

Alega que la nula valoración que la Mesa de Contratación hace de estos costes contrasta con la aclaración de 4 de octubre de 2022 (documento "Desglose precio máximo de licitación por lote.pdf"), que se acompaña como documento 3, donde se detallan estos costes bajo la denominación "Otros costes (bajas, permisos, etc., costes directos de la ejecución, gastos generales y beneficio)" y se cuantifican en casi un 21% de los costes salariales. Es decir, la entidad contratante conoce la importancia de este capítulo de gasto y lo dota de presupuesto suficiente, pero, en su afán por justificar las ofertas anormalmente bajas presentadas, se ve en la necesidad de obviarlo y así lo hace.

Alega que, en el presente caso, el precio de adjudicación ni siquiera cubre el coste laboral, pues, como se aprecia en la tabla de costes y memoria explicativa que se

adjunta como documento 4, el coste laboral supera en 42.563,45 euros el precio de adjudicación.

Señala que todos los parámetros de gasto que han utilizado se han tratado con criterio de prudencia, habiendo otros componentes de gasto o matices en los mismos que los elevan y que, sin embargo, ante la dificultad de su cuantificación, se han obviado.

Manifiesta que, para el caso de que trate de justificarse el precio acudiendo al argumento de que la adjudicataria contratará personal discapacitado, perceptor de renta garantizada, víctima de violencia de género, que haya finalizado un itinerario de inserción o desempleada de larga duración, que abaratarán su coste en materia de cotizaciones sociales, deben manifestar que la adjudicataria, en el depósito de sus cuentas anuales en el Registro Mercantil que se acompaña como documento 5, manifiesta tener un 3,18% de personal con discapacidad, dato este que debe servir a la entidad contratante para desconfiar de que este concepto vaya a ser el que dote de viabilidad el contrato.

Alega, igualmente, que la adjudicataria ha ofertado el compromiso de contratación de personas de las calificadas en el párrafo anterior y que se regula en el apartado 9.3 del pliego (Criterios de adjudicación – Compromiso de contratación de personas: 10 puntos), donde se dice que "*Se otorgarán 10 puntos a la entidad licitadora que se comprometa a que las nuevas contrataciones de personal dedicado a la ejecución de este contrato (sea para sustituciones temporales, jubilaciones, para realizar el trabajo de forma habitual u otras circunstancias), reúna alguna de las siguientes características: ...*", debiendo manifestar al respecto que en contratos donde prestan servicio personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial, como es el caso, este compromiso es de imposible cumplimiento si se ha de cumplir con la normativa laboral, pues el convenio del sector establece en su artículo 25.bis Mejora del empleo, que "*Las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del presente convenio deberán ofertar a sus trabajadores con contrato a tiempo parcial las ampliaciones de jornada que se produzcan como consecuencia de la existencia de vacantes o*

ampliaciones de contratos de los clientes", razón por la que al adquirir este compromiso la adjudicataria incumple con la normativa laboral, debiendo quedar excluida de la licitación tanto ella como todas las empresas que lo hayan ofertado.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la anulación del acto recurrido y la retroacción de actuaciones para su nueva valoración y adjudicación. Señala, por último, que una vez revise el expediente remitido por el Gobierno de Navarra solicitará, en su caso, prueba.

CUARTO.- Con fecha 27 de diciembre el órgano de contratación presentó un escrito solicitando el levantamiento de la suspensión automática del acto recurrido, solicitud que fue desestimada por el Acuerdo 108/2022, de 29 de diciembre.

QUINTO.- Con fecha 22 de diciembre 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 29 de diciembre, 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, 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 día 29 de diciembre el órgano de contratación aportó el expediente, así como un escrito de alegaciones donde señala que, al contrario de lo que pretende el reclamante, no se ha infringido ninguno de los principios que rigen la contratación pública, en particular los de concurrencia, publicidad y transparencia, como tampoco se han infringido los criterios de adjudicación o cualquier otro extremo del pliego regulador de la contratación. Afirmación que se sustenta en los siguientes fundamentos:

1ª. Señala que el día 26 de octubre de 2022 el ahora reclamante interpuso un recurso de alzada frente al pliego regulador que rige la presente contratación, en el que literalmente afirmaba "*Partiendo de los datos y circunstancias puestas de manifiesto, se da la circunstancia de que la suma de los costes laborales publicados por el órgano de contratación y otros costes "necesarios" también publicados por el órgano contratante coincide con el precio máximo de licitación*."

Por tanto, hay que partir del reconocimiento que el mismo reclamante lleva a cabo, por el que la información aportada por el órgano de contratación, directamente vinculada al cumplimiento del principio de transparencia, es congruente, sin incurrir en contradicciones entre los servicios solicitados y el coste propuesto. El reclamante afirma que los costes señalados en el pliego y sus anexos coindicen con el precio máximo de licitación, aseveración que no sólo no se desea rebatir, sino que se corrobora expresamente, puesto que tal coincidencia sucede en toda licitación y, aún más, es exigible que así suceda puesto que el precio de licitación debe ser adecuado a mercado y su determinación viene acompañada por los informes económicos pertinentes que lo justifican. Así, para que el precio sea adecuado a mercado habrá de tenerse en cuenta una serie de costes, entre los que destacan los costes laborales y se incluyen otros como los costes generales o el beneficio industrial, a título no limitativo.

Manifiesta que la reclamante anuda a su afirmación ya vista la siguiente consecuencia que entiende lógica e ineludible: "*De ahí se deduce, consecuentemente, que un precio inferior al máximo de licitación no cubrirá los costes "necesarios para la correcta prestación del servicio". Estimamos desde ya, por consiguiente, que el precio máximo de licitación fijado junto con la posibilidad de reducción del mismo hasta un 20% infringe el artículo 43 LFCP de Navarra*".

Señala que hay que hacer notar que las anteriores consecuencias que el reclamante entiende inevitables para su afirmación inicial se fundan en premisas equivocadas. En primer lugar, entiende que "costes necesarios" es una mención equivalente a una cantidad de euros cierta y determinada para cualquier entidad que

licite, cuando resulta razonablemente aparente a un conocedor medio, que la interpretación correcta de esta mención ha de ser entendida a los "conceptos de coste", que podrán tener un coste económico distinto para cada empresario, en atención a su estructura, capacidad de gestión y otras variables, puesto que es en ese distinto coste económico para una misma prestación en lo que se basa el mercado. Por tanto, la coincidencia entre el coste derivado del análisis económico y el importe de licitación, lejos de ser un defecto del pliego, es una coincidencia natural, y por eso, el importe de licitación que se establece es máximo, pero en ningún caso mínimo.

Alega que, además, el reclamante entiende que la fijación de determinado % de oferta anormalmente baja autoriza, y casi aconseja, sin más requisitos, la reducción de la oferta económica en un % equivalente a dicha oferta anormalmente baja, proscribiendo cualquier otra reducción mayor y desaconsejando una menor. Sin embargo, ni de la lectura literal del artículo 98 de la LFCP, ni de la interpretación que del mismo ha hecho la jurisprudencia, se desprende una actuación semejante que, muy al contrario, exige al órgano de contratación dar al licitador la posibilidad de justificar su oferta si es anormalmente baja, tal como cumplidamente ha hecho este órgano de contratación en el expediente de referencia, motivando además caso por caso la aceptación o rechazo de las ofertas sobre las que se han solicitado aclaraciones.

Manifiesta que, por el contrario, lo que parece pretender el reclamante es que la determinación del coste de la prestación debe ser una cuestión con un precio cierto, igual para todas las entidades que pueden prestar el servicio, al que ha de sumarse una cantidad equivalente al % de oferta anormalmente baja establecido en pliego, obteniendo así el importe máximo de licitación, para permitir (y casi parece desprenderse que aconsejar) que las empresas licitadoras hagan una oferta con un % de rebaja equivalente al de oferta anormalmente baja, con el imperativo rechazo de todas aquellas ofertas que resulten inferiores al umbral de anormalidad. Proceder que ya se ha visto, no sólo no exige, sino que no permite la LFCP. En definitiva, procede recordar que realizar una oferta inferior al importe de licitación es una facultad para las entidades licitadoras, pero no una obligación.

Concluye que, todo lo anterior, sumado al hecho de que el reclamante no adjuntó a su recurso de alzada el anexo que afirmaba (que no hubiera dejado de ser un cálculo con sus propios costes, que no invalidan los cálculos realizados por el órgano de contratación) hubiera llevado a su desestimación, resultando de aplicación lo previsto en el artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, por el que el sentido del silencio es negativo, dado que el plazo de resolución de dicho recurso ha finalizado sin pronunciamiento expreso.

2ª. Manifiesta que el argumento del reclamante consiste en señalar que una oferta anormalmente baja no puede ser objeto de adjudicación y afirma que, en los lotes 2, 4, 7 y 10, el precio de adjudicación no cubre los costes laborales ni queda ningún margen para el resto de costes "necesarios", que no se han tenido en cuenta para realizar la adjudicación.

Señala que, para corroborar esta afirmación, el reclamante adjunta un cuadro con su cálculo de costes de personal, cuyo contenido quiere hacer prevalecer al realizado en primer lugar por parte de la entidad contratante (que fue objeto de publicación y no fue discutido por ninguna licitadora), que obtiene la consideración de importe de licitación, y también al realizado posteriormente por la entidad adjudicataria del servicio, e incluso por aquellas otras clasificadas antes que él en la licitación.

Manifiesta que la oferta formulada en el lote 4 no cubría los costes laborales previstos por el órgano de contratación, por lo que se solicitaron aclaraciones conforme a lo dispuesto en el artículo 43.5 de la LFCP, que establece una obligación de cuidado del órgano de contratación, a la que se apareja la facultar que ostenta para, a través de la mesa de contratación, solicitar aclaraciones a la oferta siempre que se respete el principio de igualdad y la oferta no pueda resultar modificada en relación con el artículo 51.2 de la LFCP.

Señala que el reclamante no discute que el órgano de contratación haya actuado con arreglo a las exigencias legales en cuanto que ha pedido aclaraciones sobre las ofertas presentadas por las adjudicatarias, de acuerdo con el artículo 98 de la LFCP, y

específicamente sobre los costes laborales propuestos, de acuerdo con la exigencia legal establecida por el artículo 43.5 de la LFCP referido al precio del contrato, que es la cantidad por la que finalmente se ejecutará la prestación (por oposición al importe del contrato o precio máximo de licitación, al que se refiere el artículo 42.2 de la LFCP).

Así las cosas, el debate se centra en determinar si la justificación y argumentos de los costes propuestos por el adjudicatario para la ejecución del servicio son suficientes para cubrir los costes laborales y el resto de gastos, de forma razonada, y sin que a juicio del órgano de contratación se ponga en riesgo la correcta ejecución del contrato.

Respecto a los argumentos utilizados por la entidad adjudicataria para justificar los costes propuestos, señala que en el lote 4 se obtienen ahorros mediante la contratación de personas que cumplen los requisitos señalados en el criterio de adjudicación de tipo social, que además es de obligado cumplimiento para la empresa puesto que se ha comprometido a ello.

Señala que estos argumentos fueron estimados suficientes para, por un lado, asegurar los derechos de las personas trabajadoras, y, por otro, no poner en riesgo la ejecución de la prestación contratada, todo ello caso por caso, por parte de la Mesa de Contratación (y del órgano de contratación, que adjudicó el contrato) tal como consta en los informes y actas que acompañan al expediente.

Alega que, a pesar de todo, el reclamante considera que las justificaciones aportadas deben suscitar la desconfianza de la entidad contratante porque el % de personas con discapacidad que manifiesta tener el adjudicatario es reducido (cuentas anuales registradas en el Registro Mercantil), sin que en ningún momento el reclamante establezca una relación cuantitativa, ni siquiera hipotética, entre el % de personas empleadas que serían adscritas a la ejecución del contrato en aplicación de ese mismo % de personas discapacitadas registrado, y la reducción de costes que ello podría suponer y que a su criterio no debería ser suficiente para alcanzar los ahorros propuestos en las aclaraciones; ficción que, por otra parte, demostrando un mayor esfuerzo

argumentativo, tampoco resultaría de utilidad porque el porcentaje señalado recogido en el Registro Mercantil se refiere a la totalidad de la empresa, y no prejuzga el porcentaje que se podrá aplicar a la concreta ejecución de este contrato, que puede ser muy superior.

Manifiesta, igualmente, que esta inconsistencia no es la única, sino que, además, existen otras situaciones personales, distintas a la discapacidad, que también permiten a una empresa obtener determinados ahorros, como es la contratación de personas víctimas de violencia de género, desempleados de larga duración, personas en riesgo de exclusión que hayan completado un itinerario de inserción etc., como el mismo reclamante señala en su escrito, y que no cuantifica, sino que obvia. Señala que lo cierto es que el órgano de contratación no tuvo en cuenta en el cálculo del coste del personal los posibles ahorros a obtener por bonificaciones en las cuotas a la seguridad social, subvenciones u otros beneficios económicos, por lo que la argumentación del adjudicatario, lejos de suscitar desconfianza, hizo valorar que existe margen para la capacidad de gestión de personal de las empresas, que les permite la obtención de ahorros, y por tanto, la realización de ofertas más económicas que el establecido como importe de licitación.

Alega que, relacionado con lo anterior, el reclamante afirma que el criterio de adjudicación de tipo social denominado "compromiso de contratación de personas" al que se otorgan 10 puntos, es de imposible cumplimiento dado que el convenio colectivo aplicable establece un cláusula denominada "Mejora del empleo" por la que "*las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del presente convenio deberán ofertar a sus trabajadores con contrato a tiempo parcial las ampliaciones de jornada que se produzcan como consecuencia de la existencia de vacante o ampliaciones de contratos de clientes*".

Señala que, en primer lugar, hay que recordar que si el contenido del criterio de adjudicación es de imposible cumplimiento, hubiera procedido su anulación, y el momento procesal oportuno para haberlo puesto de manifiesto finalizó diez días naturales después de la publicación del anuncio de licitación, no siendo preciso recordar

al Tribunal su propia doctrina a este respecto. Manifiesta que lo que sí es necesario hacer notar es que la lectura que el reclamante hace de la obligación establecida por el convenio colectivo y su trascendencia para la aplicación del criterio de adjudicación es notablemente reduccionista, en defensa de su postura, pero ni mucho menos es la única lectura posible. Así, de acuerdo con el texto del propio convenio, es obligatorio que la empresa ofrezca a sus propios trabajadores a tiempo parcial aquellos contratos de ampliación de jornada, vacantes, etc., sin embargo, de aquí no se desprende de forma automática e inevitable la imposibilidad de aplicar el criterio de adjudicación tal como está establecido en el pliego, como se verá:

a) Esta obligación de la empresa no está aparejada a una obligación de los trabajadores para aceptar las ofertas, que pueden aceptarlas o rechazarlas.

b) Esta obligación es aplicable a los trabajadores de la empresa, conjunto de personas que no es posible equiparar a los trabajadores que están adscritos a la ejecución de este concreto contrato, que son sólo una parte de los de la empresa.

c) De entre todos los trabajadores de la empresa a los que puede ofrecerse el contrato, y que lo acepten, es posible que haya los suficientes para cumplir con la obligación mencionada por el criterio de adjudicación, que contempla un amplio abanico de situaciones personales que darían por cumplida la finalidad social de este criterio.

d) Si no existen dentro de la empresa trabajadores que quieran o puedan ejecutar el contrato (por incompatibilidad de horarios u otros motivos) podrá contratarse a otras personas que cumplan los requisitos establecidos.

Concluye que, por tanto, resulta evidente que el cumplimiento del criterio de adjudicación no es imposible y que, de hecho, su cumplimiento justifica la obtención de ahorros que no fueron previstos por el órgano de contratación en sus cálculos y sí fueron tenidos en cuenta a la hora valorar las justificaciones aportadas por las empresas a requerimiento de la mesa de contratación, lo que permite entender cubiertos los costes laborales y deja un margen, distinto en cada caso, para el resto de costes del servicio, que son distintos para cada empresa y han de considerarse adecuados en tanto se mantenga el carácter oneroso de la prestación.

3ª. Alega que todo lo anterior encuentra refrendo en el expediente, del que se desprende que han sido varias las empresas interesadas en la licitación, que han presentado oferta a sus lotes, y todas ellas han realizado un cálculo del coste de personal distinto del realizado por el órgano de contratación y también distinto de los realizados tanto por el adjudicatario como por el contratante, por lo que el principio de concurrencia no se ha visto cuestionado en ningún momento.

Señala que tampoco las decisiones de la mesa de contratación, aceptadas por el órgano de contratación, han estado motivadas por el afán de justificar las ofertas tan anormalmente bajas, tal y como señala el reclamante, sino que, al contrario, en la búsqueda del interés público y de la oferta con la mejor relación calidad-precio se ha llevado a cabo una valoración individualizada de cada oferta y de las justificaciones complementarias, con riguroso respeto al principio de igualdad, y se han excluido aquellas ofertas que se ha entendido que no garantizan el respeto de los derechos de las personas trabajadoras ni el correcto cumplimiento del objeto del contrato, dando lugar incluso, a la declaración de desierto en un lote.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la desestimación de la reclamación interpuesta y la acumulación de las reclamaciones 90/2022, 91/2022, 92/2022 y 93/2022, relativas a la adjudicación de los lotes 2, 4, 7 y 10.

SEXTO.- El 2 de enero se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose presentado las siguientes alegaciones por SACYR FACILITIES, S.A. con fecha 5 de enero:

1ª. Que la reclamación es inconsistente y se basa exclusivamente en apreciaciones subjetivas y en actitudes meramente voluntaristas a favor de su oferta, pretendiendo imponer su propio criterio subjetivo al empleado por los técnicos valoradores y por la Mesa de Contratación.

Señala que SACYR es la actual prestadora del servicio objeto del contrato, siendo quien mejor conoce las necesidades reales del mismo.

Manifiesta que la recurrente pretende desvirtuar la decisión de la Mesa de Contratación oponiéndose a la discrecionalidad técnica de la administración en base a criterios y valoraciones subjetivas, obviando que la "*la disconformidad con los criterios técnicos sólo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado*" (sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero).

2ª. Que es radicalmente falso que la oferta de SACYR haya incurrido en baja temeraria, así como que lo que requirió la Mesa de Contratación fue que se acreditara el coste de personal, cuestión que se cumplimentó adecuadamente.

Señala que la recurrente insiste en anunciar que la oferta de SACYR incurre en temeridad "*aunque cumpla lo previsto en el pliego para no presumirse anormalidad*", desoyendo las resoluciones de los Tribunales Administrativos que establecen que solo incurren en temeridad las ofertas que traspasan el umbral señalado en los pliegos.

Manifiesta que presentaron la justificación de los costes de personal, acreditando el ahorro de costes, así como el cumplimiento del convenio colectivo aplicable y del pliego.

Alega que la apreciación de la viabilidad de las ofertas responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación, siendo imprescindible que el informe de los servicios técnicos se encuentre suficientemente motivado, como así ocurre.

Atendiendo a lo expuesto solicita la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, siendo el acto adjudicación impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2 de dicha ley foral.

SEGUNDO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- Siguiendo con el examen de los requisitos de procedibilidad de la reclamación especial en materia de contratación recogidos en nuestra LFCP, este Tribunal debe verificar el relativo a la legitimación activa de la reclamante para la impugnación de la adjudicación del lote 4 del contrato de referencia; y ello toda vez que las normas que rigen el acceso a los recursos son de carácter imperativo (de orden público), no disponibles para las partes ni para el órgano que debe resolverlos, de forma que el examen de su observancia no está condicionado a la alegación de parte, pudiendo este Tribunal apreciar de oficio la concurrencia de una causa que impida la admisión del recurso (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005), por lo que es obligado examinar en fase de decisión la pertinencia de la formulación del recurso (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008).

Respecto a la legitimación activa para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública, dispone el artículo 123.1 LFCP 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".

Así pues, en la línea apuntada por el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia 103/2022, de 31 de enero, debemos resaltar que la legitimación activa es cualificada, de forma que no basta con discrepar del contenido de una resolución administrativa o considerar que dicha resolución es contraria al ordenamiento jurídico, sino que ha de concurrir, además, una determinada cualidad que habilite para actuar como parte reclamante en un determinado procedimiento. Debe mediar una vinculación entre el sujeto y el objeto de la pretensión que se deduce en el procedimiento de impugnación; en concreto, a tenor del transcrito artículo 123.1 LFCP, la legitimación activa se condiciona, por lo que hace al caso, a la titularidad de un derecho o de un interés legítimo.

Sobre la necesaria vinculación entre el sujeto y el objeto de la pretensión en orden a apreciar la concurrencia del requisito procesal que ahora nos ocupa, resulta especialmente significativa la doctrina recogida por el alto Tribunal en su Auto 2281/2022, de 22 de febrero, cuando expone que *"Constituye la legitimación activa y, más precisamente, la legitimación ad causam que es a la que aquí nos referimos -como recuerda la reciente STS de 2 de noviembre de 2021, rec. 76/2020, en línea con una constante jurisprudencia- la cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas para actuar como parte demandante en un determinado proceso. Y se vincula, en nuestro orden jurisdiccional, a la relación que media entre el sujeto promotor del recurso y el objeto de la pretensión que se deduce. De modo que el recurso sólo puede iniciarse por quien tiene legitimación, pues no se reconoce con carácter general la acción pública, salvo previsión legal expresa.*

Se comprende, por tanto, su indisociable vinculación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, al que sirve de soporte, del que deriva la necesidad, en la medida en que permite el acceso a la jurisdicción, de evitar interpretaciones que dificulten de manera irrazonable o desproporcionada tal acceso.

A ella se refiere el art. 19 LJCA que en sus diversos apartados desglosa un catálogo de supuestos en los que, como regla general, se vincula la legitimación activa a la defensa de un derecho o interés legítimo, tal y como deriva de la configuración en el art. 24 CE del derecho a la tutela judicial efectiva "de los derechos e intereses legítimos".

Es así doctrina reiterada de esta Sala -que todas las partes conocen y citan en sus respectivos escritos-la necesidad de invocar la afectación de un interés en sentido propio, cualificado y específico, distinto del mero interés por la legalidad, de forma que concurra una relación entre el sujeto que acciona y el objeto dela pretensión que determine que la anulación de lo impugnado produzca para aquél un efecto positivo (un beneficio) o evite uno negativo (un perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acuda al proceso, criterio que reitera la jurisprudencia constitucional. El interés legítimo supone que la actuación administrativa impugnada pueda repercutir directa o indirectamente, o en el futuro, pero de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, en la esfera jurídica de quien la impugna, sin que baste la mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (por citar sólo algunas, SSTS de 25 de mayo de 2006, de Pleno, rec 38/2004; de 3 de marzo de 2014, de Pleno, rec.4453/2012; o la más reciente de 2 de noviembre de 2021, antes aludida, entre otras muchas).

El interés legítimo se delimita, así, caso a caso, en atención a la pretensión ejercitada, en función de si la anulación que se pretende de la actividad administrativa impugnada "supone un concreto beneficio o la evitación de un singular perjuicio a quien ejercita la acción, esto es, una utilidad específica que va más allá del interés genérico de que las Administraciones públicas actúen conforme a derecho" (STS de 15 de julio de2010, rec. 23/2008). Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva, y ha de ser identificada en la interposición de cada recurso contencioso administrativo. No es suficiente, como regla general, que se obtenga el beneficio de carácter cívico que lleva

aparejado el cumplimiento de la legalidad (STS de 18 de enero de 2005, rec. 22/2003). Con éstas u otras palabras similares se pronuncia desde antiguo una constante jurisprudencia.

La concurrencia de un interés legítimo es, pues, la regla general para el reconocimiento de la legitimación activa a una persona física o jurídica en la interposición de un recurso contencioso administrativo y así se expresa en el apartado a) de art. 19.1 LJCA.

Sólo como excepción, y así lo recuerda la STS de Pleno de 3 de marzo de 2014, rec. 4453/2012, "en determinadas ocasiones, ese concreto y especifico interés legítimo que vincula al recurrente con la actividad objeto de impugnación, no resulta exigible. Por ejemplo, ese requisito legitimador no resulta de aplicación en algunos ámbitos sectoriales de la actividad administrativa, en los que se permite que cualquier ciudadano pueda interponer un recurso sin ninguna exigencia adicional. Es lo que se denomina "acción popular" en el artículo 19.1.h) de la Ley de esta jurisdicción, y que la mayor parte de nuestras leyes sectoriales tradicionalmente la han denominado "acción pública" tan habitual, por ejemplo, en el ámbito del urbanismo o en determinados supuestos relacionados con el medio ambiente. El entronque constitucional de esta acción está en el artículo 125 de nuestra Carta, y exige que una norma con rango de ley así la reconozca expresamente, con la finalidad de "(r)obustecer y reforzar la protección de determinados valores especialmente sensibles, haciendo más eficaz la defensa de los mismos, ante la pluralidad de intereses concurrentes" como dijeron las SsTS de 14 de mayo de 2010 (casación 2098/06, FJ 5) y 6 de junio de 2013 (casación 1542/10, FJ 5º). Se considera que la relevancia de los intereses en juego demanda una protección más vigorosa y eficaz que laque puede proporcionar la acción de los particulares afectados. Por ello, cualquier ciudadano que pretenda simplemente que se observe y se cumpla la ley, puede actuar, siempre y cuando así le haya sido previamente reconocido. Fuera de estos supuestos, expresamente reconocidos y previstos por la ley, es necesario el concurso del interés legitimo como presupuesto habilitante para poder acceder a la jurisdicción."

En definitiva, quien acciona ante esta jurisdicción debe "resultar afectado" en un interés cualificado y específico, en los términos expuestos, por la resolución que impugne. Al margen de ello, la legitimación activa en este orden jurisdiccional requiere

la expresa habilitación del legislador y en los términos en que la ley configure la acción pública (art. 19.1.h/ LJCA).

Doctrina que también este Tribunal ha recogido de forma reiterada en sus resoluciones, señalando, en lo que ahora interesa, que no puede reconocerse la legitimación a quien no podría resultar adjudicatario ni con la estimación total de la pretensión sostenida en su recurso, por cuanto ningún beneficio le reportaría en su esfera jurídica. Pudiéndose citar, a este respecto, nuestro reciente Acuerdo 3/2023, de 10 de enero, donde con cita del Acuerdo 46/2021, de 11 de mayo, manifestamos que *"lo relevante a efectos de que exista esta legitimación es que exista un interés directo o indirecto con el resultado de la reclamación especial, de manera que la actuación impugnada pueda repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y no simplemente de forma hipotética o previsible, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; resultando así que el primer interés que se puede reconocer a quien interpone un reclamación de este tipo, se encuentra en resultar adjudicatario del contrato, si bien no el único, aunque también en estos supuestos relativos a un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la defensa de la legalidad.*

Apuntamos también que el interés de quien reclama para ser legítimo ha de estar conectado con el objeto del proceso, pues la legitimación no es genérica sino concreta, y la legitimatio ad causam conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 14 octubre de 2003), de modo que ha de ser de la estimación de la pretensión de la que derive la ventaja inmediata, real y efectiva, que permite calificar el interés como legítimo.

En el caso concreto que nos ocupa, la reclamante ha participado en el procedimiento al que se contrae la presente reclamación, presentando oferta a los lotes 7, 10, 11, 12, 13 y 14; resultando ser adjudicataria de los lotes 7 y 14, y tercera y segunda clasificada, respectivamente, en los lotes 10 y 13.

(...).

Por otro lado, la reclamante carece de legitimación no sólo para impugnar la adjudicación de aquéllos lotes en los que no ha presentado oferta - pues respecto a éstos resulta patente que, al no haber concurrido, no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno con la estimación de su reclamación - sino también respecto a aquellos otros en los que su posición en el orden de prelación de las ofertas, ante la hipotética estimación de la reclamación no le permitiría ser adjudicataria del contrato.

(...)

Sentado lo anterior, procede analizar, pues, respecto a cada uno de los lotes cuya adjudicación se recurre la posición de la reclamante en el orden de prelación de las ofertas para, a la vista de la concreta pretensión deducida, concluir si la estimación de su reclamación le reportaría un beneficio real, directo y efectivo, y, por tanto, si cabe reconocerle o no legitimación activa.

Pues bien, partiendo de que con fundamento en que los precios ofertados por las proposiciones que han resultado adjudicatarias de los distintos lotes resultan notoriamente insuficientes para dar viabilidad a los servicios que se pretende contratar se ejercita como pretensión la anulación de dichas adjudicaciones con retroacción de actuaciones para la nueva valoración de tal viabilidad y adjudicación, acredita el expediente administrativo, por un lado, respecto a los lotes 1, 3, 7, 9, 10, 19, 20, 21, 22 y 25 que la posición de la reclamante en el orden de prelación de las ofertas no es otra que la cuarta (lotes 1, 3 y 19), quinta (lotes 7 y 21), octava (lote 9) séptima (lote 10), sexta (lotes 20 y 25) y tercera (lote 22). Posición de la que resulta que de una eventual estimación de la reclamación anulando la adjudicación la reclamante no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno, ya que no podría resultar, en modo alguno, adjudicataria de ninguno de tales lotes pues en todos ellos existen ofertas que han obtenido mayor valoración – cuya admisión y evaluación no se cuestiona - y que serían quienes, en su caso, obtendrían una ventaja a resultas de la acción ejercitada; de ahí que no podamos sino concluir que la reclamante carece de interés legítimo para impugnar la adjudicación de dichos lotes, puesto que, insistimos en ello, no ostenta un interés legítimo concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación de la reclamación.

Por el contrario, según se acredita en el expediente administrativo, en el lote 8 - respecto al cual se alega además que la adjudicataria carece de la solvencia exigida -

la reclamante es la segunda oferta mejor valorada; de donde siguiendo el criterio anteriormente expuesto, cabe reconocer la concurrencia de un interés legítimo concreto en la medida en que puede verse beneficiada por la eventual estimación de la reclamación, pues anulada la adjudicación podría resultar adjudicataria de dicho lote.

Finalmente, y en lo que respecta al lote 13, tras la exclusión de dos ofertas por no haber justificado la viabilidad de su oferta anormalmente baja la adjudicación recae a favor de otra de las participantes, quedando la reclamante y otra de ellas empatadas en la segunda mejor posición por haber obtenido igual puntuación; motivo por el cual cabe reconocerle pues legitimación activa para su impugnación, pues no podemos obviar que la aplicación del criterio de desempate previsto en la cláusula 12 del pliego requiere de la solicitud de nueva documentación a los licitadores interesados. Apreciándose por ello una potencial ventaja derivada de la estimación de la reclamación pues anulada la adjudicación y aplicado el criterio de desempate podría resultar adjudicataria de este lote".

Siendo esto así, obligado es dilucidar, partiendo de la posición de la reclamante en el orden de prelación resultante de la valoración de las ofertas del lote 4 y de las pretensiones deducidas en la reclamación interpuesta, si una estimación de éstas le reportaría un beneficio real, directo y efectivo; y ello a los importantes efectos, como se ha dicho de reconocerle o no legitimación activa en este concreto procedimiento.

Pues bien, la pretensión de anulación del acto de adjudicación del lote ahora impugnado se fundamenta, en primer lugar, en que la oferta económica de la adjudicataria resulta, a juicio de la reclamante, insuficiente para garantizar la viabilidad del servicio; y en segundo término en la ilegalidad de uno de los criterios de adjudicación previstos en el pliego, derivada de su imposibilidad de cumplimiento por oponerse al convenio colectivo del sector, postulando al respecto la exclusión de todas aquellas personas licitadoras que lo hayan ofertado.

Partiendo de tales premisas, debemos reparar en el hecho acreditado por el expediente administrativo, de que la reclamante obtuvo la décima y última posición en el orden de prelación de las ofertas de dicho lote; de donde no podemos sino concluir,

conforme a la doctrina anteriormente expuesta, que carece de interés legítimo en lo que se refiere a la pretensión de anulación de la adjudicación a favor de SACYR FACILITIES, S.A., por resultar la oferta por ésta formulada insuficiente para garantizar la viabilidad del servicio y retroacción de actuaciones en orden a una nueva valoración y adjudicación del lote indicado, pues ninguna ventaja cabría apreciar en este caso del ejercicio de la acción de impugnación, toda vez que ocupando como se ha dicho la décima posición en el orden de prelación resultante de la valoración de las ofertas, de una eventual estimación de la reclamación en este punto anulando la adjudicación, no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno, ya que no podría resultar, en modo alguno, adjudicataria de dicho lote, pues existen ofertas cuya admisión y evaluación no se cuestiona que han obtenido mayor valoración, y que serían quienes, en su caso, obtendrían una ventaja a resultas de la acción ejercitada.

Empero, y en lo que se refiere a la pretensión de exclusión de todas aquellas personas licitadoras que hayan ofertado el criterio de adjudicación "compromiso de contratación de personas" que estima contrario a derecho, se ha de advertir que la anulación de un criterio de adjudicación conlleva la de la propia licitación, pues como indica la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01, EVN and Wienstrom contra República de Austria) *"91. Ahora bien, de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que la cuarta cuestión se refiere a la hipótesis de que la declaración de la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación traiga como consecuencia su anulación. Debe pues entenderse en el sentido de que pregunta si la normativa comunitaria en materia de contratación pública obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación, y por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso. 92. Para responder a la cuestión así reformulada, procede señalar que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento*

(véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). 93. Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. 94. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión. 95. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso". Siendo así que una eventual estimación del motivo de impugnación en este sentido alegado determinaría la anulación del procedimiento de adjudicación, resultando, por ende, clara la concurrencia de un interés legítimo en la reclamante, que bien podría participar en la nueva licitación que se pudiera convocar con la finalidad de adjudicar el servicio.

Llegados a este punto, oportuno es recordar que, como recoge el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia 372/2021, de 22 de diciembre, la inadmisibilidad de los recursos o reclamaciones puede ser total o parcial, esto es, de todas o algunas de las pretensiones ejercitadas; no siendo posible, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de marzo de 1986, declarar la inadmisibilidad parcial cuando la impugnación realizada no pueda separarse o ser tratada en recursos distintos por constituir una cuestión única, las pretensiones estén mezcladas o confundidas entre sí, siendo no deslindables. Limitaciones que, en atención a lo anteriormente expuesto, entendemos que no concurren en el supuesto analizado; procediendo, por tanto la inadmisión de la pretensión deducida en orden a la declaración de inviabilidad de la oferta que ha resultado adjudicataria del lote 4 y anulación de dicha adjudicación con retroacción de actuaciones para su valoración y adjudicación.

QUINTO.- Antes de entrar en el fondo del asunto hemos de abordar la solicitud de acumulación formulada por el órgano de contratación en su escrito de alegaciones respecto de las reclamaciones 90/2022, 91/2022, 92/2022 y 93/2022, relativas a la adjudicación de los lotes 2, 4, 7 y 10.

En este sentido conviene recordar lo previsto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

"*El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.*

Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno."

Por otra parte, como ya pusimos de manifiesto, en nuestro Acuerdo 117/2021, de 27 de diciembre, con cita de la sentencia de 4 de marzo de 1989 del Tribunal Supremo, no existe un deber por parte de la Administración de acumular los procedimientos, tratándose en todo caso de una potestad de ejercicio discrecional, tal y como resulta con claridad del precepto legal transcrito, que establece que "podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación" por tanto, resultará determinante para adoptar la decisión que exista una identidad sustancial o íntima conexión entre las reclamaciones que aconseje su acumulación.

Pues bien, al respecto el órgano de contratación se limita a formular la solicitud de acumulación sin argumentar razón alguna que motive tal petición, y si bien es cierto que existen similitudes en las referidas reclamaciones, sin embargo, la resolución de cada una de ellas dependerá en primer lugar de la existencia de legitimación activa de la reclamante en cada procedimiento, es decir se debe verificar que exista un beneficio real, directo y efectivo lo cual debe analizarse de manera individualizada. En segundo lugar, y en función de la legitimación, se analizarán las otras pretensiones formuladas

descritas en nuestro anterior fundamento, referidas a la imposibilidad de adjudicar el contrato a una oferta anormalmente baja y el imposible cumplimiento del compromiso de contratación previsto como criterio de adjudicación.

Razones todas ellas que justifican un análisis separado de las reclamaciones, y por tanto no se estima procedente su acumulación por no apreciar identidad sustancial o íntima conexión entre ellas.

SEXTO.- Procede, pues, entrar en el análisis del único motivo de impugnación que, como se ha dicho, atribuye legitimación a la reclamante y que justifica la admisión de la reclamación, que es el referido a la imposibilidad de cumplir el compromiso de contratación previsto como criterio de adjudicación, dado que contravendría el artículo 25.bis del convenio colectivo del sector.

Efectivamente, la cláusula 9.3 del pliego regulador contempla, como criterio de adjudicación, el siguiente:

"***3. Compromiso de contratación de personas: 10 puntos***

Se otorgarán 10 puntos a la entidad licitadora que se comprometa a que las nuevas contrataciones de personal dedicado a la ejecución de este contrato, (sea para sustituciones temporales, jubilaciones, para realizar el trabajo de forma habitual u otras circunstancias), reúna alguna de las siguientes características:

- *Un porcentaje de discapacidad igual o superior al 33%*
- *Perceptoras de renta garantizada*
- *Víctimas de violencia de género*
- *Que hayan finalizado un itinerario de inserción*
- *Desempleadas de larga duración*

Para la valoración de la oferta presentada para este criterio deberá cumplimentar debidamente el punto 3 del Anexo III del pliego regulador."

A este respecto, se observa, sin dificultad, que la reclamante viene a cuestionar dicho criterio de adjudicación, no con ocasión de una reclamación interpuesta frente al pliego que lo contiene, sino en la impugnación del acto de adjudicación del contrato, viniendo a constituir así un recurso indirecto frente a aquel, que solamente resulta admisible de manera muy excepcional.

En este sentido, cabe recordar lo señalado por este Tribunal en su Acuerdo 40/2022, de 6 de mayo, donde dijimos que *"(...), vistos los términos en que está planteada la reclamación, podemos inferir que lo que en realidad se cuestiona es la legalidad de la citada prescripción técnica, no una aplicación errónea o arbitraria de ésta determinante de la exclusión de la oferta formulada por la reclamante; constituyendo de este modo una suerte de impugnación indirecta del pliego, más allá del plazo habilitado a estos efectos, aprovechándose así la interposición de la reclamación frente a su exclusión para atacar el pliego regulador.*

Siendo esto así, y teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1 LFCP la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada del pliego, sin salvedad o reserva alguna, que constituye la ley del contrato vinculando tanto a la entidad contratante como a los participantes en la licitación, la primera cuestión a resolver es la relativa a si es posible impugnar el pliego regulador con ocasión de la impugnación de los posteriores actos que se van produciendo en el proceso de adjudicación del contrato, y, en el supuesto de que la respuesta a esta cuestión sea afirmativa, si, en el presente caso, concurren los requisitos que harían viable tal acción de impugnación.

Al respecto, como indicamos en nuestro Acuerdo 2/2021, de 7 de enero, la admisión de la impugnación del pliego regulador más allá del momento procedimental habilitado al efecto, con ocasión de uno de los actos posteriores del procedimiento como puede ser la adjudicación resulta excepcional. Ello obedece a que el pliego regulador constituye una actuación administrativa dentro del procedimiento de licitación susceptible de impugnación autónoma; lo que, obviamente, debe realizarse dentro del plazo legalmente previsto, siendo el dies a quo del cómputo de dicho plazo el siguiente de su publicación en el medio que en cada caso corresponda. Por eso, una vez que los Pliegos devienen firmes, solo es posible examinar si el acto de adjudicación se

ha ajustado o no a estos, pero no discutir la legalidad de aquellos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006).

Este principio quiebra, ciertamente, en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, que pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior, si bien tales motivos deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva. Así, la única excepción a esta regla es que se tratase de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del pliego por una interesada normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58).

Doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, cuyo fundamento de derecho cuarto razona lo siguiente: 1. La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la que consta en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia y puede ahora concretarse aún más en estos términos: si consentidos los PCAP, cabe atacarlos indirectamente al impugnarse el acto de adjudicación; o bien sólo será eso posible si incurren en un motivo de nulidad de pleno Derecho por infringir los principios de igualdad, publicidad y transparencia, pero no cuando la infracción sea de mera anulabilidad.

(...)

3º En efecto, lo que la sentencia aborda es la impugnación indirecta de los pliegos consentidos y resuelve que sí cabe tal impugnación conforme a la sentencia eVigilo, y añade que al enjuiciarse el acto de adjudicación debe advertirse si los pliegos incurren en alguna causa de nulidad de pleno Derecho.

4º Así, tras admitir tal impugnabilidad, lo que es ya realmente esa ratio decidendi se ventila en las circunstancias del caso concreto: advierte que, en efecto, el PCAP era defectuoso en cuanto a la fijación de criterios de valoración de las ofertas, que ello implicaba la infracción de los principios deducibles del artículo 18 de la Directiva 2014/24, pero que en este caso no se había incurrido en un trato discriminatorio con relevancia constitucional.

5º Por tanto, lo relevante para esta casación se ventila en dos planos: la posibilidad de impugnar los pliegos al atacarse directamente un acto de aplicación y por qué causas o motivos.

3. Delimitado así lo relevante para esta casación cabe decir lo siguiente respecto de la posibilidad de impugnación indirecta:

1º Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).

2º Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

3º En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).

4º A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad". En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un " licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas,

informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas.

4. Aparte de las causas de impugnación indirecta deducibles de tal sentencia eVigilo, a estos efectos se plantea cuál es el alcance de las irregularidades que afectan a los principios de la contratación pública del artículo 18 de la Directiva 2014/24, si la causa de la ilicitud de los pliegos -la ausencia de criterios de valoración de las ofertas- debe integrarse en los motivos de nulidad del artículo 47.1 o si cabe su extensión a cualquier otra infracción conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015. Esta Sala entiende que debe integrarse con los motivos de nulidad de pleno Derecho por las siguientes razones:

1º Se trata de compaginar una excepción a la regla general de que los pliegos firmes y consentidos son inatacables por las razones expuestas en el anterior punto 3 de este Fundamento de Derecho. Por tanto, tal posibilidad de impugnación indirecta debe apreciarse restrictiva y excepcionalmente.

2º Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo –como referencia-, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio, de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017).

3º Esa referencia a los casos de nulidad de pleno Derecho se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP 2017 que prevé lo siguiente: "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

5. Por razón de lo expuesto y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, a la cuestión que presenta interés casacional objetivo se responde que cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en

motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva". Consideraciones reiteradas en la Sentencia del mismo Tribunal 1199/2021, de 24 de marzo, cuando indica que Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva.

En línea con la doctrina jurisprudencial citada, la Sentencia 365/2017, de 13 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los Pliegos de contratación, no impugnados en tiempo y forma, expuso lo siguiente: "Tras lo expuesto, queda claro que en el presente supuesto, el reclamante, al no impugnar el Pliego, se somete a sus determinaciones y lo convierte en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales y que por tanto nos encontramos ante un recurso indirecto contra los pliegos, que resulta extemporáneo y respecto del que, en aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, únicamente procederá la admisión cuando exista un vicio de nulidad de pleno derecho y no exista ruptura del principio de buena fe por parte del recurrente, ni de la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando a la adjudicación. A este respecto, en la última de las sentencias citadas se precisa que para considerar que alguna cláusula de un pliego incurre en causa de nulidad de pleno derecho se requiere de una motivación detallada y, en todo caso, ésta debe evidenciarse "con una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional."

Cabe citar, igualmente, el Acuerdo 2/2021, de 7 de enero, donde indicamos que *"Sobre la viabilidad de una impugnación indirecta del pliego regulador del contrato, recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 24 de septiembre de 2019, que frente al criterio inicial de inadmisión por extemporáneo del recurso, mantenido, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2001, con posterioridad se ha aceptado revisar algunas de las cláusulas de los pliegos, una vez transcurrido el plazo para recurrirlos, cuando han incurrido en alguna causa de nulidad de pleno derecho argumentando que se trata de un vicio de orden*

público. Y finalmente, tal y como explica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de mayo de 2017, la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión ha ido evolucionando en una senda trazada en gran parte por resoluciones del TJUE y de los diferentes Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, hacia la admisión de la impugnación del Pliego tras la adjudicación del contrato en aquellos supuestos en que las Bases estaban redactadas en términos tan oscuros o ambiguos que a un licitador bien informado le era imposible conocer con exactitud la forma de aplicarlas, de tal manera que sólo con motivo de la adjudicación adquiere un cabal conocimiento de las mismas.

Así, razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2017 que "Máxime si nos atenemos a que la Sentencia de 4 de julio de 2006, recurso de casación 9890/2003 afirma "Así en Sentencia de diecinueve de marzo de dos mil uno afirmamos que "esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la consolidada doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía".

Que el pliego es la Ley del concurso, y por ello del contrato, como nos recuerda la Sentencia citada, es una constante de nuestra jurisprudencia, de modo que su aceptación impide a posteriori impugnar sus determinaciones puesto que la presentación de la solicitud presupone la aceptación íntegra de las bases que de ese modo se consienten y alcanzan firmeza para quien las asume, por lo que pugna con el principio de buena fe y lealtad que preside las relaciones jurídicas otra conducta, tanto más si la misma procede de quien además fue adjudicatario del contrato, que de ese modo conculca el principio que prohíbe ir contra sus propios actos.

Justamente la Sala de instancia asume tal doctrina plenamente sin que se vislumbre -en los pliegos- la existencia de normas palmariamente contrarias al orden público que permitieran su impugnación ulterior ni tampoco la existencia de una redacción confusa de las cláusulas como si acontecía en el supuesto examinado en la STS de 22 de junio de 2016".

De este modo, conforme a la doctrina y jurisprudencia citada, la admisión de la impugnación del pliego regulador más allá del momento procedimental habilitado al efecto, con ocasión de uno de los actos posteriores del procedimiento, como puede ser la adjudicación, resulta excepcional, por cuanto, transcurrido el plazo para su recurso y una vez presentada la oferta, el pliego deviene firme y consentido.

En este punto conviene aclarar que, si bien la reclamante interpuso un recurso de alzada frente al pliego regulador de la presente licitación, lo cierto es que el mismo únicamente tenía por objeto la impugnación de la cláusula 10 del mismo, referida a las ofertas anormalmente bajas, sin formular oposición alguna al criterio de adjudicación previsto en la cláusula 9.3 que ahora cuestiona.

Así, la única excepción a la regla general a la que venimos aludiendo sería la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del pliego por una interesada normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando se ha podido evidenciar.

Pues bien, no se aprecia en el caso sometido a nuestra consideración la concurrencia de tal supuesto excepcional, toda vez que la cláusula del pliego que contiene el cuestionado criterio de adjudicación es clara, no adoleciendo de oscuridad o inconcreción alguna que hubiera imposibilitado su conocimiento, comprensión e impugnación en el momento de su publicación por parte de las entidades interesadas en la licitación, sin que la aplicación del tal criterio de adjudicación, realizada en sus propios términos, sea lo que ha podido generar en la reclamante la conciencia de su ilicitud.

Pero es que, además, tampoco se constata una incompatibilidad absoluta entre el referido criterio de adjudicación, conforme al cual "*Se otorgarán 10 puntos a la entidad licitadora que se comprometa a que las nuevas contrataciones de personal dedicado a la ejecución de este contrato, (sea para sustituciones temporales, jubilaciones, para realizar el trabajo de forma habitual u otras circunstancias), reúna alguna de las siguientes características: • Un porcentaje de discapacidad igual o superior al 33% • Perceptoras de renta garantizada • Víctimas de violencia de género • Que hayan finalizado un itinerario de inserción • Desempleadas de larga duración*" y el contenido del artículo 25. BIS del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Navarra (Boletín Oficial de Navarra núm. 239, de 14 de octubre de 2021), según el cual "*Las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del presente convenio deberán ofertar a sus trabajadores con contrato a tiempo parcial las ampliaciones de jornada que se produzcan como consecuencia de la existencia de vacante o ampliaciones de contratos de los clientes*", que haga imposible su cumplimiento.

En este sentido, como sostiene el órgano de contratación en sus alegaciones, si bien es cierto que la empresa tiene la obligación de ofertar a sus trabajadores a tiempo parcial las ampliaciones de jornada que resulten del nuevo contrato, ello no implica necesariamente su aceptación por tales trabajadores, y en caso de ampliarse las jornadas de los trabajadores a tiempo parcial, podría ocurrir que los mismos se encontraran en alguno de los supuestos previstos en el criterio de adjudicación, no impidiendo ello tampoco la contratación de nuevo personal que cumpliera los requisitos del mismo, de todo lo cual no se desprende de forma automática e inevitable la imposibilidad de aplicar el criterio de adjudicación tal como está establecido en el pliego.

Por lo expuesto, no encontrándonos en el supuesto excepcional que habilita para la impugnación indirecta del pliego, no resulta admisible el cuestionamiento que, extemporáneamente, la reclamante efectúa del referido criterio de adjudicación cuando, habiendo concurrido al contrato, aceptó los términos de la licitación previstos en el

pliego, y, entre ellos, los criterios de adjudicación, no siendo hasta el momento en que no ha resultado adjudicataria del contrato cuando discute su validez.

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 interpuesta por don L. F. R. B., en nombre y representación de LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L. frente a la Resolución 472E/2022, de 15 de diciembre, de la Directora General de Presupuestos, Patrimonio y Política Económica, por la que se adjudica a SACYR FACILITIES, S.A. el lote 4 del contrato del servicio de limpieza de los locales de uso administrativo del Gobierno de Navarra y sus organismos autónomos adscritos durante el año 2023.

2º. Notificar este acuerdo a don L. F. R. B., en calidad de representante de LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L., a la Dirección General de Presupuestos, Patrimonio y Política Económica, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página 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, 23 de enero de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.