TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

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

Expediente: 77/2020

ACUERDO 84/2020, de 24 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don S. P. V., en nombre y representación de FACTORÍA DE SOLUCIONES, S.L., frente a la Resolución 15E/2020, de 21 de agosto, del Director General de Acción Exterior, por la que se adjudica a ASOCIACIÓN UNREPORTED el contrato para la elaboración de "*un plan de medidas de apoyo al retorno para la ciudadanía navarra residente en el exterior*".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de junio de 2020, el Departamento de Relaciones Ciudadanas del Gobierno de Navarra publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato para la elaboración de "*un plan de medidas de apoyo al retorno para la ciudadanía navarra residente en el exterior*".

A dicha licitación concurrieron tres licitadores:

- Areté Activa, S.L. (en adelante ARETÉ) y Arpa A&C, S.L. (en adelante ARPA), que lo hicieron de forma conjunta con una participación respectiva del 80% y del 20%.
- ASOCIACIÓN UNREPORTED.
- FACTORÍA DE SOLUCIONES, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de julio de 2020 tuvo lugar la apertura del Sobre A "Documentación administrativa", admitiéndose a todos los licitadores presentados.

Con fecha 16 de julio de 2020 se produjo la apertura del Sobre B "Criterios cualitativos", procediéndose a la valoración técnica de las ofertas, que obtuvieron las siguientes puntuaciones:

	Puntuación máxima	Areté Activa, S.L. y ARPA A&C S.L.	Factoría de Soluciones S.L.	Asociación Unreported
Recogida de información en la fase de diagnóstico	10	5,5	10	7
Representatividad equilibrada de las diferentes entidades implicadas en las políticas de retorno	5	2,75	5	3,25
Organización y análisis de la información recopilada en la fase de diagnóstico	10	5,5	10	7
Grado de definición de la metodología para la elaboración de líneas estratégicas y medidas	10	6	8,5	7
Grado de definición de los criterios para la priorización de acciones	5	5	4	2,25
Planteamiento del tipo de indicadores propuestos y su coherencia	5	4	3,75	5
TOTALES	45	28,75	41,25	31,5

Con fecha 5 de agosto de 2020 tuvo lugar la apertura del Sobre C "Criterios cuantificables mediante fórmulas", apreciando la Mesa de Contratación que la oferta presentada conjuntamente por ARETÉ y ARPA rebajaba en más de un 25% el precio máximo de licitación, por lo que, de conformidad con la cláusula 10ª del pliego regulador del contrato, se le requirió la justificación de la misma.

El 7 de agosto se aportó la justificación solicitada, que fue aceptada por la Mesa de Contratación, procediéndose a valorar las ofertas conforme al pliego y obteniéndose las siguientes puntuaciones:

Licitador	Criterio	Puntuación
Areté Activa S.L., Arpa A&C S.L.	Criterios sociales	7
Areté Activa S.L., Arpa A&C S.L.	Horas de trabajo ofertadas	1,88
Areté Activa S.L., Arpa A&C S.L.	Oferta económica	40
Factoría de Soluciones, S. L.	Criterios sociales	7
Factoría de Soluciones, S. L.	Horas de trabajo ofertadas	4,46
Factoría de Soluciones, S. L.	Oferta económica	12,30
Asociación Unreported	Criterios sociales	5
Asociación Unreported	Horas de trabajo ofertadas	5
Asociación Unreported	Oferta económica	36,92

Las puntuaciones totales asignadas fueron las siguientes:

	Valoración técnica (sobre B)	Valoración conforme a criterios objetivables mediante fórmula (sobre C)	Total
Areté Activa S.L., Arpa A&C S.L	28,75 puntos	48,88 puntos	77,63 puntos
Factoría de Soluciones S.L.	41,25 puntos	23, 76 puntos	65,01 puntos
Asociación Unreported	31,5 puntos	46,92 puntos	78,42 puntos

TERCERO.- Por la Resolución 15E/2020, de 11 de agosto, del Director General de Acción Exterior, se adjudicó el contrato a ASOCIACIÓN UNREPORTED.

CUARTO.- Con fecha 30 de agosto de 2020, don S. P. V. interpuso, en nombre y representación de FACTORÍA DE SOLUCIONES, S.L., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicha Resolución, formulando las siguientes alegaciones:

1º. Infracción del criterio de adjudicación calidad - coste.

Considera que se ha producido una infracción del criterio de adjudicación previsto en el pliego: la "*oferta con mejor relación calidad - coste y eficacia*".

Señala que "*la consideración del elemento coste como autónomo e independiente del atributo calidad ha perjudicado de manera evidente tanto a la calidad como a la eficacia, sobreponiéndose a las mismas de forma injusta. En definitiva, contradice el espíritu y finalidad del criterio de adjudicación inicialmente previsto*".

Alega que la valoración técnica, en la que la oferta del reclamante resultó la mejor valorada, se ve "*contaminada*" por la valoración de la oferta económica, en la que el criterio de adjudicación "calidad-coste" ha devenido simplemente en "coste".

Señala que la fórmula para valorar la oferta económica es representativa sólo del "coste", y no del "coste-calidad", ya que asigna los puntos a la oferta económica más reducida, sin tener ningún elemento más en cuenta. De esta manera, al considerar exclusivamente el coste, se vulneraría la finalidad del criterio de adjudicación.

Alega que, desde el punto de vista matemático, esta fórmula tiene dos inconvenientes:

a) No responde a los actuales criterios de valoración establecidos en la Directiva 2014/24/UE y en la Ley de Contratos del Sector Público. Señala que la Directiva "*se ha desligado de un criterio estrictamente economicista, apostando por fomentar una mayor calidad en la contratación pública y remarcando como oferta económicamente más ventajosa la que presenta una mejor relación calidad-precio*", y alude a su considerando 90.

b) Incurre en el "efecto céntimo", ya que otorga la máxima puntuación a la oferta económicamente más barata, de modo que "*conforme las diferencias entre los importes de las diversas ofertas económicas son más pequeñas y son cercanas al precio máximo de licitación, se distorsiona el resultado de la valoración con puntuaciones que no reflejan una diferencia económica real entre las ofertas*". Así, "*una diferencia menor en precio puede volcar la valoración total, premiando en contra del criterio de calidad y eficiencia a una oferta técnicamente deficiente o muy mejorable, en detrimento del mejor oferente*".

2º. Factoría de Soluciones, S.L. representa con mayor exactitud los criterios de adjudicación del contrato.

Reitera que el criterio "calidad-coste" se ha valorado de forma contraria al espíritu y finalidad de la Directiva 2014/24/UE, debiendo resultar adjudicatario del contrato por haber obtenido la mejor valoración técnica y un presupuesto que sigue respetando la relación calidad-coste, siendo inferior al precio de licitación.

Considera que la fórmula para valorar las ofertas económicas debe ser anulada "*para que el órgano de contratación considere de ahora en adelante – (…) – elementos que incorporen la calidad, y que no estimen exclusivamente como parámetro de la oferta más económicamente ventajosa la más barata en términos absolutos*".

3º. Consideraciones a prever por el órgano de contratación en la relación calidad - precio.

Expone algunas sugerencias o criterios que debieran ser tenidos en cuenta para conseguir la finalidad citada:

"- *Introducir un elemento de calidad en la fórmula matemática anterior, con elementos que permitan mesurar la misma, en términos relativos.*

- *Dividir los 40 puntos de la oferta económica en dos sumandos de 20 puntos, en los que uno de ellos pueda referirse a esta fórmula que se ha venido utilizando, considerando exclusivamente el coste, dado que el segundo sumando consideraría un parámetro de calidad*".

En consecuencia, solicita que se estime la reclamación especial y se anule la Resolución recurrida, así como que se "*obligue al órgano de contratación a considerar una nueva fórmula para valorar la oferta económicamente más ventajosa, incorporando parámetros de calidad en la misma*".

QUINTO.- Con fecha 1 de septiembre de 2020, el Departamento de Relaciones Ciudadanas aportó el expediente del contrato y presentó un escrito de alegaciones frente

a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), en el que manifiesta lo siguiente:

1º. Que la convocatoria de contratación cumple todos los requisitos enumerados en el artículo 64.3.b) de la LFCP.

2º. Que, asimismo, se cumplen los requisitos enumerados en el resto del citado artículo y, concretamente, en sus apartados 4 a 6.

3º. Que la adjudicación es ajustada a las propias bases de la convocatoria y que el órgano de contratación ha cumplido fielmente los requisitos exigidos en las citadas bases.

4º. Que "*la reclamación debe rechazarse por improcedente, ya que está basada en el desacuerdo del reclamante con la fórmula matemática para la valoración de la oferta económica, fórmula que viene establecida y explicada en los pliegos reguladores del contrato, en contra de los cuales Factoría de Soluciones S.L., la comercial representada por el reclamante, pudo haber reclamado en el plazo ordinario especificado en los propios pliegos*", así como que esta fórmula es utilizada de forma muy habitual por el Gobierno de Navarra.

5º. Que "*según consta en el punto 5 de los pliegos reguladores del contrato, el hecho de que un interesado presente proposiciones a la licitación "supone la aceptación incondicional por parte de la empresa licitadora de la totalidad de las presentes condiciones reguladoras, sin salvedad o reserva alguna*".

6º. Que "*está sólidamente contrastado el carácter vinculante de los pliegos y de obligado cumplimiento entre las partes, tal y como se pone de manifiesto en el Acuerdo 71/2020, de 26 de agosto del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra que considera que los pliegos constituyen "la auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación*".

7º. Que hay una larga doctrina sobre la improcedencia de impugnar los pliegos al recurrir contra los actos posteriores de la licitación, citando la Resolución 225/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por lo que el licitador que, teniendo oportunidad de impugnar los pliegos, no lo hizo en tiempo y forma, no puede alegar contra los actos posteriores en la licitación la hipotética ilegalidad de aquellos.

8º. Que, respecto a las reiteradas referencias hechas por el reclamante a la Directiva 2014/24/UE, cabe señalar que el Preámbulo de la LFCP dispone lo siguiente: "*como medida clave para llevar a cabo una mejor utilización de los fondos públicos, la Directiva determina que la adjudicación de los contratos públicos deberá realizarse a la oferta económicamente más ventajosa para lo que debe ser prioritario tener en cuenta criterios que valoren la calidad de los bienes o servicios que se adquieren además del coste de los mismo. ESTE COSTE a su vez, PUEDE VENIR REFERIDO SOLO AL PRECIO O INCLUIR además conceptos que se refieran a la eficacia del gasto…*".

Señala, por último, que "*Los criterios de calidad vienen transparentemente indicados en los pliegos reguladores y en cuanto a la argumentación dada por el reclamante sobre que la fórmula matemática no es representativa del "coste- calidad" sino simplemente del "coste", el citado Preámbulo acepta esta posibilidad como se indica en el párrafo anterior*".

SEXTO.- El 1 de septiembre de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP.

Con fecha 4 de septiembre de 2020, doña Mª Victoria Oteiza Echeverría presentó, en representación de ARETÉ y ARPA, un escrito en el que manifiesta, en primer lugar, "*su adhesión total a la fundamentación jurídica y alegaciones suscritas por el Director del Servicio de Acción Europea, Cooperación Interregional y Ciudadanía Exterior de 31 de agosto de 2020, en su condición de órgano de contratación*".

No obstante, también manifiesta "*su conformidad con la petición finalmente formulada por la reclamante en cuanto a la petición de anulación de la Resolución*

15E/2020, de 21de agosto, del Director General de Acción Exterior del Gobierno de Navarra y a que obligue al órgano de contratación a valorar la oferta económicamente más ventajosa, incorporando parámetros de calidad en la misma".

Alega que la oferta económica de la adjudicataria impide el cumplimiento de las obligaciones laborales. Así, señala que dicha oferta incluye 1.008 horas de trabajo y una oferta económica de 19.000 euros, por lo que cada hora de trabajo ofertada resulta a 18,65 euros, incluyendo costes de salarios, seguridad social, gastos generales, desplazamientos Madrid-Pamplona y beneficio industrial. En consecuencia, la hora de salario forzosamente tiene que estar por debajo de los 12 euros, "*situación económica difícilmente asumible y que, a nuestro entender no asegura, en modo alguno, el cumplimiento de las obligaciones laborales por el contratista*". Alude, a este respecto, al Convenio sectorial de Oficinas y Despachos de Navarra, que establece el coste del salario hora de las personas encuadradas en el Grupo 2 en más de 21 euros.

Señala que la exposición de motivos de la LFCP fija como objetivo y finalidad, entre otros, la incorporación de las denominadas "cláusulas horizontales", esto es, aquellas que buscan asegurar "*el cumplimiento de la normativa de igualdad de género entre mujeres y hombres, social, laboral y medioambiental debe ser vigilada y exigida en todas las fases del contrato, desde la selección de licitadores hasta la ejecución del mismo y los instrumentos de estas exigencias pueden justificar tanto la exclusión de un procedimiento como el rechazo de una oferta o la resolución de un contrato ya adjudicado*", insistiendo en que los órganos de contratación tienen "*la obligación de rechazar cualquier oferta cuyo precio, en aplicación de lo establecido en el pliego, resulte anormalmente bajo como consecuencia de una vulneración del derecho social, laboral o medioambiental*".

Asimismo, señala que el artículo 66.3 de la LFCP establece que los pliegos deberán incorporar la advertencia de que la oferta económica deberá ser adecuada para el cumplimiento del convenio sectorial que corresponda, sin que el precio/hora de los salarios pueda ser inferior a los establecidos por el convenio de aplicación. Alude, igualmente, al artículo 105 de la LFCP.

En consecuencia, solicita la anulación de la Resolución 15E/2020, de 21 de agosto, y que se obligue al órgano de contratación a valorar la oferta económicamente más ventajosa, incorporando parámetros de calidad en la misma.

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 susceptibles de impugnación ante este Tribunal los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a la misma, de acuerdo con su artículo 122.2.

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 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- Con carácter previo a un eventual examen del fondo de la cuestión, se estima oportuno analizar si la reclamante, FACTORÍA DE SOLUCIONES, S.L., está legitimada para interponer la reclamación especial en materia de contratación pública, desde la perspectiva de lo dispuesto en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, toda vez que ha quedado como tercera clasificada en el procedimiento al que la misma se contrae.

A este respecto, el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de mayo de 2008, entre otras, señala que *"Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una*

relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”

Así pues, ese interés ha de ser cualificado y específico, actual y real no potencial o hipotético, que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que deba repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, y que sea cierto y concreto sin que baste por tanto su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento. De este modo, la reclamación especial en materia de contratación pública no se configura como una herramienta en defensa abstracta de la legalidad, sino que se exige que exista un perjuicio, en virtud del cual una hipotética estimación de la reclamación habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica de la reclamante.

La legitimación se configura por tanto, como un especial vínculo con la finalidad de la reclamación especial, que resulta necesario acreditar. Sólo en este caso existirá legitimación activa y permitirá a este Tribunal analizar el fondo del asunto, para decidir sobre la legalidad de las distintas actuaciones de un procedimiento de licitación. Debiendo de atenderse siempre para resolver sobre la legitimación activa a las circunstancias de hecho concurrentes en el caso y al interés invocado por la parte reclamante respecto del acto objeto de impugnación.

Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de mayo de 2019 apunta que *"Sabido es que este Tribunal Supremo reiteradamente ha declarado, según se refiere en las Sentencias de 7 de abril de 2005 (RC 5572/2002) con cita de las Sentencias de 29 de octubre de 1986, 18 de junio de 1997 y de 22 de noviembre de 2001 (RC 2134/1999), "que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación "ad processum" y la legitimación "ad causam. Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que "es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos".*

Pero distinta de la anterior es la legitimación "ad causam" que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e "implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito"; añadiendo la doctrina científica que "esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal". Y es, precisamente, el Tribunal Constitucional quien en el Fundamento Jurídico 5º de su Sentencia de 11 de noviembre de 1991, ha dicho que "la legitimación [se refiere a la legitimación ad causam], en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso". Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto".

Sobre la base de tales criterios jurisprudenciales, este Tribunal entiende que debe reconocerse legitimación activa a la reclamante, puesto que habiendo quedado como tercera clasificada interesa la anulación de la fórmula de valoración del criterio de adjudicación correspondiente a la oferta económica; resultando así que una eventual estimación de la reclamación, en la medida en que afecta a una decisión relativa a un criterio de adjudicación supondría la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento – por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria -, y podría determinar que la reclamante obtuviera una nueva posición a consecuencia de ello, a saber, el inicio de una nueva licitación y, por ende, la presentación de su proposición en el seno de un nuevo procedimiento destinado a la adjudicación del mismo contrato. Dicho de otro modo, de la estimación de la pretensión la reclamante sí podría obtener un beneficio no hipotético sino real, por cuanto el órgano de contratación vendría obligado a convocar una nueva licitación en la que podría participar y aspirar a la adjudicación del contrato.

Así pues, siendo en este caso inseparable la apreciación de la legitimación del estudio de la cuestión de fondo, ha de reconocérsele legitimación a la reclamante y, por tanto, procederse al análisis de las pretensiones deducidas en el escrito de interposición de la reclamación.

QUINTO.- En lo que se refiere al fondo del asunto, alega la reclamante como único motivo de impugnación la infracción del criterio de adjudicación calidad – coste; lo que supone una de impugnación indirecta, con ocasión de la interposición de la reclamación frente al acto de adjudicación, del pliego regulador del contrato, en la medida en que el criterio de adjudicación cuya legalidad ahora se cuestiona, y su fórmula de valoración, se establecen, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 64 LFCP, en dicho documento contractual, que es susceptible de impugnación autónoma conforme a lo establecido en el artículo 122.2 del mismo cuerpo legal.

Efectivamente, el pliego regulador constituye una actuación administrativa dentro del procedimiento de contratación susceptible de impugnación autónoma, de forma que si no es recurrido, en tiempo y forma, deviene consentido y firme. Debiéndose recordar, a este respecto, el principio capital de todo el derecho contractual

público de que, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 53.1 LFCP, la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada, sin salvedad o reserva alguna, de la totalidad de las cláusulas del pliego regulador. Esta aceptación por los licitadores, "sin salvedad o reserva alguna", del contenido del pliego al presentar sus proposiciones, hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuanto que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar dicho documento contractual en su fase inicial.

No obstante lo anterior, es lo cierto que se admite la posibilidad de que en los supuestos de nulidad de pleno derecho pueda argumentarse en una reclamación especial supuestas irregularidades del Pliego aun cuando éste no haya sido objeto de previa y expresa impugnación, si bien, de acuerdo con la jurisprudencia, la concurrencia de las causas que, de acuerdo con el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, determinan como consecuencia la nulidad ex radice del acto debe ser interpretada restrictivamente .

Sobre este particular, interesa reproducir la Sentencia 365/2017, 13 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que recoge la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los Pliegos de contratación, no impugnados en tiempo y forma: *"Recordaremos el criterio de esta Sala recogido entre otras en sentencia de 28 de octubre de 2014 en recurso contencioso administrativo nº 486/201.*

"4.- Aunando lo anterior debe concluirse que los Pliegos y los criterios de adjudicación allí establecidos debieron discutirse, en su caso, articulándose los oportunos recursos y reclamaciones contra los mismos y ello en el plazo legal (debidamente comunicado) desde la publicación de referencia. No se hizo por el reclamante en sede administrativa por lo que tales motivos no pudieron articularse con ocasión de la adjudicación y menos valorarse por la Junta al resolver la reclamación.

5.-…. Sin el conocimiento y aprobación de lo que va a constituir la "ley del contrato" con carácter previo a la perfección del mismo para que los interesados puedan articular sus ofertas, es evidente que no puede existir licitación ni por ende adjudicación.

Y es que, en el presente caso, los Pliegos deben reputarse ya aprobados con el Acuerdo de anuncio de la licitación conteniendo las bases de la misma y todos lo extremos que deben regir la licitación (conforme al artículo 69 LFCP); conteniendo dicho anuncio plena información de recursos al respecto…

6.- Tampoco puede invocarse, como hace la Junta, el principio de confianza legitima. Y ello por que estamos ante un procedimiento administrativo de concurrencia competitiva y tal principio, como el de seguridad jurídica, debe predicarse no solo del reclamante sino de todos los participantes.

….

Precisamente el principio de confianza legitima y de seguridad jurídica impone el mismo tratamiento jurídico a todos los interesados cuando, como es el caso, la Administración informó correctamente de los recursos desde un principio a todos los licitadores.

7.- Las partes demandadas aluden a la posibilidad de que puedan valorarse causas de nulidad de pleno Derecho relativas a los actos preparatorios con ocasión de la impugnación de la adjudicación.

La STS de fecha 28-6-2004 (exponente de reiterada doctrina) ha reseñado:

" El referido conjunto de motivos viene a reiterar en casación lo que en la demanda de la instancia figuraban como «Irregularidades en los Pliego», que no pueden ser acogidas con base en la doctrina de esta Sala que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación…..

Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158), puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de

seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación.

La perplejidad de la Sala de instancia se refiere a la extrañeza que produce el que se pongan reparos de legalidad a la figura misma del contrato o al contenido de las cláusulas por quien había pretendido su adjudicación. Y éste debía entender que al no impugnar el Pliego se convertiría en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1961 [RJ 1961, 1909] , 31 de marzo de 1975 [RJ 1975, 2385] , 20 de enero de 1977, 23 de junio de 2003 [RJ 2003, 4413] , 16 de enero y 18 de mayo de 2004 [RJ 2004, 3517] entre otras); Pliego para el que, además, resulta aplicable el principio de libertad de pactos con los límites establecidos en el artículo 4 LCAP." .

Por lo tanto, y dada su naturaleza, los motivos atenientes a los Pliegos deben invocarse con ocasión de la articulación en tiempo y forma de las reclamaciones contra ellos (También STJNavarra de fecha 26-6-2003 Rc 220/2001); e incluso tratándose de motivos de nulidad de pleno Derecho deben articularse a través de una acción de nulidad (no como pretenden los demandados al margen de todo plazo para articular una reclamación ordinaria; no es esta la interpretación que deriva de la Jurisprudencia) y a salvo, en todo caso, los principios de buena fe y seguridad jurídica apreciables en el caso concreto.

Pero es que, en cualquier caso, en el presente caso no se han apreciado causas de nulidad de pleno Derecho (como erróneamente pretende la parte demandada) puesto que tales motivos de nulidad de pleno derecho son los recogidos en el artículo 126.2 LFCP: esto es, ha de entenderse que las causas de nulidad de Derecho administrativo se limitan a las contempladas en el artículo 62.1 LRJyPAC, la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, la carencia o insuficiencia de crédito y hallarse incurso en causa de exclusión de la licitación; y en ninguna de esas causas es incluible los cuestionados motivos.

Y es que la vulneración del principio de transparencia (o la vulneración del artículo 56 LFCP) -artículo 126.3 LFCP- no constituye causa de nulidad de pleno Derecho.

8.- La conclusión de todo lo anterior determina que la Junta no debió entrar a valorar (ni anular como así hizo) los motivos que tenían como fundamento la ilegalidad

de los criterios de adjudicación recogidos en el Pliego y que no fueron oportunamente impugnados en su momento por el reclamante, debiendo haber desestimado los mismos."

....

Considerar que alguna cláusula de un Pliego determinado, o alguna actuación del procedimiento de licitación, puedan incurrir en causa de nulidad de pleno derecho del art. 62 de la LPA, precisa, una vez transcurridos los plazos de impugnación, una motivación detallada y, en todo caso, ha de evidenciarse una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional, cosa que en este supuesto no se produce."

De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo del pliego obliga a la reclamante, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum propium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en el citado documento contractual. Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho - con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto -, no cabe argumentar en una reclamación especial supuestas irregularidades del pliego cuando éste no ha sido objeto de previa y expresa impugnación.

En el presente caso el licitador conocía el contenido de la cláusula correspondiente a la fórmula de valoración del criterio de adjudicación correspondiente a la oferta económica, sin que procediera a la impugnación del pliego por considerar que la misma resulta contraria a Derecho. Siendo esto así, no es posible ahora recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato, que se limita en definitiva a la aplicación del pliego, que constituye lex inter partes, salvo que se apreciara que la misma adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho. Veámoslo.

SEXTO.- Para apreciar la concurrencia de vicio de nulidad de pleno derecho ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 116 de la LFCP, así como en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas a las que éste remite, que establece motivos tasados de nulidad radical, sin que pueda extenderse a otros. Ninguna de tales causas ha sido

invocada expresamente por la reclamante; debiéndose recordar, a este respecto, que conforme a la doctrina jurisprudencial citada en el fundamento de derecho precedente, en estos supuestos de impugnación indirecta, para considerar que alguna cláusula del 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."*

Así, la reclamante señala que la fórmula que el pliego establece para la valoración del criterio de adjudicación correspondiente a la oferta económica, tiene como consecuencia que únicamente se tenga en cuenta el coste, sin valorar la calidad; lo que, apunta, resulta contrario a la Directiva 2014/24/UE y tiene como efecto que la valoración técnica obtenida por los licitadores se vea contaminada por la aplicación de un criterio que exclusivamente atiende al coste. Añadiendo, al respecto, que la citada fórmula, que consiste exclusivamente en la automática asignación de los 40 puntos que corresponden a este criterio a la oferta más reducida, considera exclusivamente el coste pero no la relación calidad – coste, perjudicándole en la medida en que obtiene una puntuación excesivamente baja por haber ofertado un precio sólo algo superior a la oferta mejor clasificada en términos de oferta económica, distorsionando el resultado de la valoración con puntuaciones que no reflejan una diferencia económica real entre las ofertas.

Realizada la anterior precisión, sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos, señala el Preámbulo de la LFCP que *"Como medida clave para llevar a cabo una mejor utilización de los fondos públicos, la Directiva determina que la adjudicación de los contratos públicos deberá realizarse a la oferta económicamente más ventajosa para lo que debe ser prioritario tener en cuenta criterios que valoren la calidad de los bienes o servicios que se adquieren además del coste de los mismos. Este coste a su vez, puede venir referido sólo al precio o incluir además conceptos que se refieran a la eficacia del gasto, como puede ser el coste del ciclo de vida. Esta ley foral recoge por vez primera los conceptos de ciclo de vida y coste del ciclo de vida que incluye todos los costes a lo largo del ciclo de vida de las obras, servicios y suministros. Estos costes pueden ser tanto internos, (entre los que se encuentran los de investigación y desarrollo, producción, transporte consumo de energía, mantenimiento y eliminación) como los relacionados con factores medioambientales externos (por*

ejemplo las emisiones de gases de efecto invernadero, la contaminación derivada de la extracción de materias primas o la producida por la fabricación del producto). Estos últimos costes sólo pueden ser tenidos en cuenta si su valor económico puede cuantificarse y comprobarse. Además, los métodos de cálculo deben ser en todo caso generales (no aplicables a un único procedimiento de contratación), objetivos y que no impliquen un esfuerzo desmesurado para los licitadores a la hora de aportar la información necesaria".

En consonancia con ello, el artículo 2.3 LFCP, relativo a los principios de la contratación pública, establece que *"En la contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.*

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

Por su parte, el artículo 64 del mismo cuerpo legal, al regular los criterios de adjudicación determina que *"1. Los contratos se adjudicarán a la oferta con la mejor calidad precio. Los criterios que han de servir para su determinación se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos:*

(…)

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

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

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

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; incluidos los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

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

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

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

(…)".

4. Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, al menos el 50% de la puntuación deberá calcularse mediante la aplicación de fórmulas objetivas que se establecerán en los pliegos, que determinarán la ponderación relativa de cada uno de ellos. Cuando las prestaciones tengan carácter artístico o intelectual al menos el 20% de la puntuación se obtendrá a través de fórmulas objetivas. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

Los pliegos determinarán si alguno de los criterios es esencial, o si en alguno de ellos existe una puntuación mínima por debajo de la cual se excluye la oferta.

(…)

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

protección de la salud o la participación de las trabajadoras y los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante."

Como puede observarse, la LFCP no utiliza el concepto de oferta económicamente más ventajosa, sino que alude a la oferta con mejor calidad precio; objetivo que se puede alcanzar de distintas formas en función de la tipología de criterios de adjudicación concretos de cada caso y a cuya consecución contribuye también la previsión legal, configurada ni más ni menos que como principio de la contratación pública, de introducir criterios sociales y medioambientales en la adjudicación y ejecución de los contratos. Pudiéndose distinguir, así, entre aquellos procedimientos que seleccionan la mejor oferta en relación calidad/precio en función exclusivamente de criterios basados en el coste – eficacia (el precio, el coste del ciclo de la vida); aquellos que la seleccionan a través de la aplicación de los criterios basados en el coste – eficacia referidos junto con criterios cualitativos, y, finalmente, aquellos que únicamente prevén criterios cualitativos. Formas todas que, conforme a la previsión legal citada, sirven, de manera indistinta, a la finalidad que debe perseguir todo contrato público, a saber, la selección de la mejor oferta en relación calidad – precio; resultando todas ellas, por tanto, ajustadas a la legalidad, correspondiendo a la entidad contratante optar, en cada caso, por la modalidad que mejor se ajuste para la cobertura de las necesidades a satisfacer.

A este respecto, debemos recordar, como hicimos en nuestro Acuerdo 49/2018, de 12 de julio, que la entidad contratante ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurran a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, si bien, como afirman las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 y de 24 de enero de 2006, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada; en esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego.

De hecho, en nuestro Acuerdo 41/2020, de 25 de junio, expusimos que *"Resulta preciso señalar que la fijación de los criterios de adjudicación a utilizar en cada caso constituye una facultad discrecional del órgano de contratación dentro de los*

parámetros reglados establecidos en el artículo 64 LFCP, pues como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 600/2020, de 14 de mayo, es "al órgano de contratación a quien le corresponde fijar las necesidades a satisfacer, y atendiendo a aquellas los elementos determinantes de la adjudicación para obtener una oferta que, por reunir una mejor relación calidad-precio, sea la más adecuada para una buena ejecución del contrato. No son pues los intereses particulares de los licitadores los que deben determinar la fijación de las reglas del procedimiento de adjudicación y del contrato reflejadas en los pliegos, sino, antes bien, los intereses generales a los que las Administraciones y demás entidades del sector publico sirven por imperativo constitucional.(…)".

En similares términos se expresa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1204/2018, de 28 de diciembre, cuando señala que *"En el caso de empleo de más de un criterio de valoración corresponde al órgano de contratación configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, pero en relación a los fines que se persiguen con el contrato y los aspectos que considere como principales a valorar. Los criterios se relacionan y vinculan unos con otros y se delimitan por el órgano de contratación, que puede fijar la forma en que operan y se aplican".*

En este caso, el pliego regulador del contrato, en su cláusula décima, en relación con los criterios de adjudicación, establece que *"La adjudicación se realizará a favor de la oferta que presente mejor relación calidad-precio, de conformidad con el artículo 64 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, entendiéndose como tal la oferta que mayor puntuación obtenga una vez aplicados los criterios de adjudicación siguientes:*

A) Valoración de la oferta técnica. Puntuación máxima de 45 puntos correspondiente al siguiente desglose (…)

B) Valoración criterios cuantitativos, mediante fórmulas: Puntuación máxima hasta 55 puntos.

· Horas de trabajo ofertadas; hasta (5 puntos.)(…)

· Criterios sociales: hasta 10 puntos (…)

· Oferta económica. hasta 40 puntos.

La valoración de las ofertas económicas se realizará dando la mayor puntuación (40 puntos) a la oferta más barata y 0 puntos a la oferta que sea igual a la del precio de licitación, conforme a la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación oferta} = 40 \times \frac{\text{Precio de licitación} - \text{Oferta presentada}}{\text{Precio de licitación} - \text{Oferta más barata}}$$

Se considerará oferta anormalmente baja aquella que suponga una baja mayor del 25% con respecto al precio máximo de licitación. En dicho caso, se procederá conforme a lo establecido en el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos".

Así pues, la determinación de los criterios de adjudicación contenida en el pliego regulador, que comprende tanto la aplicación de criterios relacionados con el coste – eficacia (el precio) como criterios cualitativos, resulta ajustada a la LFCP, constituyendo una de las formas que el artículo 64.3 anteriormente transcrito contempla en orden a identificar a la mejor oferta calidad – precio. Resultando, además, que la introducción del factor calidad no puede ir, como pretende la reclamante, referida al criterio del precio sino al conjunto de criterios de adjudicación previstos; siendo obvio que cualquier fórmula que se fije en el pliego para valorar el precio atenderá exclusivamente al coste pues es éste el único factor a tener en cuenta en este concreto criterio de adjudicación. Tampoco la ponderación que al factor coste – es decir, al criterio correspondiente a la oferta económica – atribuye el órgano de contratación merezca reproche alguno, pues, como se ha dicho, constituye una facultad discrecional de éste que debe respetar los condicionantes previstos en el precepto citado, como es el caso.

Dicho lo anterior, procede analizar la fórmula prevista en el pliego regulador para valorar las ofertas económicas; fórmula que la reclamante cuestiona por cuanto asigna automáticamente la máxima puntuación a la oferta económicamente más reducida, no reflejándose en la puntuación atribuida al resto la diferencia económica real entre las mismas.

Sobre las fórmulas para valorar las proposiciones económicas, este Tribunal acoge y comparte la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales, expuesta, entre otras, en su Resolución del 260/2019, de 15 de marzo, en la que, reiterando la doctrina contenida en su Resolución 1051/2018, señala: *"Sexto. A) Sobre los parámetros a los que debe ajustarse el órgano de contratación al establecer la fórmula para evaluar las proposiciones económicas dijimos en nuestra Resolución 906/2014 que "lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el Pliego la fórmula elegida, que ésta atribuya una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara y que se guarde la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias", rechazando en aquella ocasión asumir como propio el criterio auspiciado por el Tribunal de Cuentas en contra de la utilización de fórmulas que distribuyeran la puntuación según la rebaja que entrañaran respecto del tipo de licitación. Añadimos igualmente que*

"Fuera de estos principios elementales, el órgano de contratación cuenta con un margen de libertad para decantarse por una u otra fórmula, para optar por una regla de absoluta proporcionalidad o, por el contrario, introducir modulaciones en ella que no sean arbitrarias ni carentes de lógica o, en fin, distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica. A fin de cuentas, si la entidad adjudicadora puede elegir la ponderación atribuida a cada criterio de adjudicación (cfr.: artículo 150.4 TRLCSP y Sentencia del TJCE, Sala Sexta, 4 de diciembre de 2003 – asunto C-448/01-), no parece posible negarle la libertad de elegir la fórmula de distribución de los puntos".

Doctrina esta que reiteramos expresamente en nuestras Resoluciones 542/2015, 681/2016, 1064/2016, 208/2017, 230/2018 y 237/2018. En la primera de ellas, hicimos contar, además, discrepando del criterio seguido por la Junta Consultiva de Aragón, que "No creemos, en consecuencia, que el Derecho Comunitario o el Derecho interno impongan indefectiblemente la utilización de un método proporcional puro en la evaluación de la oferta económica"; admitimos entonces que es posible "utilizar fórmulas que se traduzcan en una función no lineal, de manera que no se siga una regla de proporcionalidad absoluta entre baja y puntuación obtenida, pues, a fin de cuentas, el factor ahorro no tiene siempre la misma importancia, especialmente cuando se alcanzan determinados niveles", si bien, en el caso que entonces nos ocupaba, rechazamos la legalidad de la fórmula elegida al constatar que "la distribución de los puntos carece de toda explicación razonable, pues otorga un tratamiento virtualmente idéntico a licitadores que hayan podido formular bajas de muy diverso alcance" (en

concreto, a partir de bajas del 3% las diferencias entre empresas eran "prácticamente inapreciables").

Es verdad que en nuestras Resoluciones 230/2018 y 237/2018 afirmamos nuestra preferencia por las fórmulas en las que la proposición que iguale el tipo de licitación obtenga cero puntos, la más barata (sic) *la máxima puntuación a la más barata y las restantes en proporción, pero esta preferencia no significa descalificar en modo alguno otras opciones.*

B) La doctrina anterior, sustentada en los principios de control de gasto y de eficiencia que proclamaban los artículos 1, 22, 333.2 y DA 16ª del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; en adelanta, TRLCSP), y en la regla del artículo 150.1 TRLCSP "in fine" (que, como el 53.1.b Directiva 2004/18/CE, establecía el del precio más bajo cuando el único criterio de adjudicación fuera el precio), debe entenderse, sin duda, vigente hoy, bajo la disciplina de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE y de la LCSP.

Es verdad que la nueva normativa de contratación ha introducido cambios respecto de la anterior, como sucede con la consideración de criterios sociales y medioambientales en la adjudicación (cfr.: considerandos 92, 97, 98 y 99 y artículos 43 y 67.2 de la Directiva 2014/24/UE; apartado V de la Exposición de Motivos y artículos 1.3 y 145.2 LCSP) o la opción preferente por el empleo de una pluralidad de criterios de adjudicación (cfr.: considerandos 90 y 92 y artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE; artículos 131.2 y 145, apartados 1 y 3, LCSP).

Sin embargo, más allá de estas novedades, lo cierto es que, en línea con la continuidad que anuncia el considerando 89 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE, los criterios de adjudicación, "base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas" (cfr.: considerando 104 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE), siguen respondiendo a la idea de identificar la oferta económicamente más ventajosa, por más que esta se identifique hoy con el concepto de "mejor relación calidad-precio" (cfr.: considerandos 89 y 90 y artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE; apartado II de la Exposición de Motivos y artículos 1.3, 131.2 y 145.1 LCSP); se comprende así que aquellos hayan de estar relacionados con el objeto del contrato, asegurar la competencia entre los licitadores y ser formulados en términos claros, de manera que no otorgue una libertad incondicional al

órgano de contratación (cfr.: considerandos 45, 90 y 92 y artículo 67, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 2014/24/UE; artículo 145, apartados 2, 5 y 6, LCSP).

Con tales ideas rectoras a la vista –en definitiva, las mismas que iluminaban la legislación anterior-, no es posible inferir cambio alguno en cuanto a las reglas aplicables a las fórmulas matemáticas que se empleen para valorar las ofertas económicas de los licitadores. Ninguno de los preceptos de la Directiva o de la LCSP autoriza a pensar que se han impuesto al órgano de contratación límites o pautas adicionales a los ya expuestos, esto es, que la fórmula figure en el Pliego, que atribuya puntuación superior a la más barata (sin perjuicio de la aplicación de índices de saciedad, como admitimos en nuestra Resolución 976/2018, de 26 de octubre (Recurso nº 664/2018), inferior a la más cara y que la atribución de puntos a las intermedias guarde la debida proporción. (…)"

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, la reclamación no puede prosperar, pues la fórmula prevista en el pliego para la valoración de la oferta económica, como no puede ser de otra forma, asigna la puntuación más alta a la oferta más barata, la puntuación más baja a la oferta más cara y la distribución de los puntos entre las restantes se hace de una forma proporcional, toda vez que, como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 65/2017, de 1 de marzo, *"La proporcionalidad es un concepto matemático que supone una relación entre magnitudes de forma que si una varía la otra cantidad es un múltiplo constante de la anterior";* resultando, como hemos señalado, admisibles y, por ende ajustadas a la legalidad, fórmulas de las que no se siga una regla de proporcionalidad pura o absoluta entre baja y puntuación obtenida.

Ciertamente, el órgano de contratación podría haber elegido otra fórmula distinta, que por ejemplo, repartiera, toda la puntuación atribuida al criterio del precio de forma estrictamente proporcional – asignando cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación, la máxima puntuación a la más económica y evaluar el resto de forma proporcional a la baja realizada -, con un método de cálculo diferente y donde los resultados para los restantes licitadores también lo fueran; pero ello no significa que la escogida no resulte adecuada a derecho. Debiendo advertir este Tribunal, por otro lado, que la distorsión en el resultado que alega la reclamante por referencia a la valoración técnica obtenida no es tal, sino que lo que acontece es que una oferta que obtiene la

mayor puntuación en los criterios cualitativos no resulta la más ventajosa en su conjunto por no alcanzar al propio tiempo la máxima puntuación en los criterios cuantitativos; circunstancia que en modo alguno cabe calificar como infracción del ordenamiento jurídico.

Es más, la legalidad de una fórmula como la que nos ocupa ha sido confirmada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 38/2019, de 30 de enero, donde señala que "*En los Considerandos de la Directiva 24/2014 señala que "La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa".*
En términos parecidos se manifiesta el artículo 1 de la LCSP haciendo referencia a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.
En este sentido, el propio TACRC en diversas Resoluciones ha considerado nulas de pleno derecho cláusulas de valoración de ofertas económicas contrarias a los principios de igualdad y trato no discriminatorio. No obstante existe cierta unanimidad, aún con matices, que la fórmula debe ser linealmente proporcional, de modo que la variación en el precio (o la baja) se debe traducir en una variación constante en la puntuación otorgada para garantizar que el esfuerzo económico realizado por el licitador tenga una recompensa en puntos siempre constante.
En este sentido, el TACRC en su Resolución 230/2018 señala "Así, ya recordamos en nuestra Resolución 208/2017, con cita de la 681/2016 y 542/2015, que 'ni el TRLCSP ni su normativa de desarrollo contienen una pauta a la que deba atenerse el órgano de contratación a la hora de concretar el criterio de evaluación de las ofertas económicas, si bien es claro que necesariamente habrá de recibir la puntuación más alta el licitador que oferte un precio inferior y la más baja la que presente el superior (cfr.: Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 173/2014 e Informe 16/2013 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Expte. TACRC – 120/2018 26 Autónoma de Aragón). Ello es consecuencia del respeto a los principios que han de observarse en el ámbito de la contratación pública, tales como el de control de gasto y

de eficiencia (artículos 1, 22, 333.2 y DA 16ª TRLCSP), según señalan, entre otros, los Informes 4/2011 de la Junta consultiva de Contratación Administrativa y el nº 874 del Tribunal de Cuentas (pág. 196). Al mismo resultado, en fin, conduce el artículo 150.1 TRLCSP, "in fine" (y, en idéntico sentido, artículo 53.1.b Directiva 2004/18/CE) en la medida en que prevé que cuando el único criterio de adjudicación sea el precio, éste deberá ser "el del precio más bajo", regla ésta que debe observarse cuando, junto al precio, se introducen otros criterios de adjudicación. Apuntábamos en dicha ocasión –y repetimos hoy- que se han venido considerando como contrarias al principio de economía en la gestión de recursos públicos fórmulas que atribuyan mayor puntuación a las ofertas que no sean las más económicas como cuando se tiene en cuenta la relación de la oferta con la baja media (cfr.: Informes del Tribunal de Cuentas nº 958 – pág. 77-, nº 1011 –pág. 128-), las que establecen umbrales de saciedad, más allá de los cuales los licitadores no perciben una puntuación superior (cfr.: Informes del Tribunal de Cuentas nº 889 –pág. 101-, nº 942 –pág. 31- y nº 955 –pág. 209-), las que reducen significativamente los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas (cfr.: Informes del Tribunal de Cuentas nº 1009 –pág. 88-, nº 1031 – página 107-) y, a la inversa, las que magnifiquen diferencia económicas mínimas (cfr.: Informe de Tribunal de Cuentas nº 1011 -págs. 121, 211- 212, 280-) o, en fin, aquéllas que supongan atribuir una puntuación a todo licitador por el mero hecho de presentar oferta (cfr.: Informe del Tribunal de Cuentas nº 839 – pág. 118-). Concluimos entonces y hoy reiteramos que: No creemos, en consecuencia, que el Derecho Comunitario o el Derecho interno impongan indefectiblemente la utilización de un método proporcional puro en la evaluación de la oferta económica. Ni el tenor del artículo 150 TRLCSP ni el del artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE abonan tal tesis, pues, de haber sido esa la intención del legislador, lo razonable es pensar que habría incluido una advertencia en tal sentido, siquiera sea por la importante modificación que ello entrañaría respecto de la normativa – estatal y comunitaria- precedente'. Ahora bien, en nuestro caso, el órgano de contratación, el mejor posicionado para desvirtuar demostrativamente las alegaciones del recurrente, ofrece una ejemplificación de la aplicación de la fórmula con base en un informe de la Intervención que la analiza, y cuyo resultado recogemos en los antecedentes. Como se observa de tal análisis, no aparece tal reducción significativa de los márgenes entre las ofertas más caras y más económicas; y, resultando que no cabe imponer una fórmula puramente proporcional (conforme a la doctrina ya citada), no cabe estimar esta alegación impugnatoria. Y ello, por cuanto, en

definitiva, esta fórmula constituye un criterio elegido por el órgano de contratación y expresado en los pliegos -150.2 del TRLCSP-, tiene relación con una de los principales elementos del contrato como es el precio que percibirá el contratista 150.1 del TRLCSP- y permite favorecer en la puntuación a las propuestas más económicas, frente a las que realizan una propuesta con un precio más elevado -150.1 del TRLCSP-, sin que –insistimos- aparezca una reducción significativa de los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera preferible una fórmula que asigne cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación, y la máxima puntuación a la oferta más barata, repartiéndose en resto de puntos de forma proporcional a la baja realizada. (…) En definitiva, la fórmula utilizada para la evaluación de las ofertas económicas no vulnera los principios establecidos en el artículo 1 de la LCSP, ni supone una vulneración del artículo 146.2 del mismo texto legal, ya que respeta los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, junto a los de eficiencia y control del gasto."

Y no sólo eso, sino que debemos poner de relieve un dato que evidencia en este caso, en contra de lo manifestado por la reclamante, que la determinación y formulación del conjunto de criterios de adjudicación cumple con la finalidad de seleccionar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad contratante, proporcionando una mejor relación calidad – precio en la prestación contractual; dato que no es otro que el establecimiento en el pliego de una puntuación mínima a obtener en la valoración de la oferta técnica por debajo de la cual se excluyen las ofertas.

Efectivamente, el apartado a) de la cláusula décima del pliego regulador, asigna a la valoración de la oferta técnica una puntuación máxima de 45 puntos, disponiendo expresamente que *"Una vez sumadas las puntuaciones correspondientes a los apartados señalados de la oferta técnica, se excluirán las ofertas que no obtengan un mínimo de 22,5 puntos"*. Previsión que revela la calidad de las ofertas como aspecto más que importante para el órgano de contratación y que unida a la ponderación atribuida al pliego permiten concluir que el objetivo no es otro que intentar reducir el coste derivado de la ejecución del contrato pero garantizando un mínimo de calidad en las ofertas; objetivo que en modo alguno podemos tachar de ilícito y que cumple con la finalidad antes citada de proporcionar una mejor relación calidad – precio en la prestación contractual, tal y como apunta el Acuerdo 55/2016, de 6 de junio, de

Contratos Públicos de Aragón, cuando indica que la exigencia de umbral mínimo de puntuación en los criterios sujetos a evaluación previa es una opción inicialmente conforme a Derecho, una posibilidad que se fundamenta, no en la restricción indebida de la competencia, sino en la conveniencia de ajustar adecuadamente la relación calidad/precio de las distintas ofertas.

En consecuencia, no cabe apreciar la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho en la fórmula de valoración que contempla el pliego en relación con el criterio de adjudicación correspondiente a la oferta económica; motivo por el cual la reclamación debe ser desestimada.

Cumple indicar, respecto a las alegaciones formuladas por la tercera interesada que ha comparecido en este procedimiento acerca de que la oferta económica del adjudicatario impide el cumplimiento de las obligaciones laborales, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Convenio sectorial de Oficinas y Despachos de Navarra, que este Tribunal no puede tenerlas en cuenta en la resolución de la reclamación interpuesta, toda vez que la determinación del objeto del procedimiento de reclamación se realiza en el escrito de interposición; procedimiento donde el trámite de audiencia a terceros interesados no permite tramitar pretensiones distintas de las formuladas por la reclamante, sobre las que ni siquiera se han pronunciado el resto de las partes; sin que resulte de recibo aprovechar tal trámite de audiencia para introducir motivos diferentes de impugnación a los esgrimidos por la reclamante cuando pudiendo haber interpuesto, en tiempo y forma, la oportuna reclamación frente a la adjudicación del contrato no lo hizo.

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 don S. P. V., en nombre y representación de FACTORÍA DE SOLUCIONES, S.L., frente a la Resolución 15E/2020, de 21 de agosto, del Director

General de Acción Exterior, por la que se adjudica a ASOCIACIÓN UNREPORTED el contrato para la elaboración de "*un plan de medidas de apoyo al retorno para la ciudadanía navarra residente en el exterior*".

2º. Notificar este acuerdo a don S. P. V., en calidad de representante de FACTORÍA DE SOLUCIONES, S.L., a la Dirección General de Acción Exterior del Gobierno de Navarra, 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, 24 de septiembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.