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: 16/2019

ACUERDO 31/2019, de 22 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por "PYRAMIDE ASESORES, S.L.", actuando en nombre y representación de "AUTOCARES FÉLIX GASTÓN, S.L.", frente a la adjudicación del contrato de servicios "*Transporte por autobús dentro de la Campaña Escolar de Esquí de Fondo*", por parte de "NAVARRA DE INFRAESTRUCTURAS DE CULTURA, DEPORTE Y OCIO, S.L.".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2018 se procede a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra del anuncio de licitación del contrato de servicios de "*Transporte por autobús dentro de la Campaña Escolar de Esquí de Fondo*", por parte de "Navarra de Infraestructuras de Cultura, Deporte y Ocio, S.L." (en adelante, "NICDO"); finalizando el plazo de presentación de ofertas el día 26 de diciembre de 2018.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de diciembre se levanta "Acta de calificación sobre A", en la que se describe que al Lote 1 se han presentado dos ofertas, por parte de "UTE LUG NIEVE" y de "UTE RONCALIA 2019", y al lote 2 se ha presentado una oferta, por parte de "UTE RONCALIA 2019".

TERCERO.- Con fecha 2 de enero de 2019 se levanta "Acta de calificación sobre B", en la que se refleja el acuerdo de valoración de la oferta de cada licitador respecto a los criterios cualitativos, obteniendo, en el lote 1, las siguientes puntuaciones: "UTE LUG NIEVE" 23,17 puntos y "UTE RONCALIA 2019" 34 puntos.

CUARTO.- Con fecha de 14 de enero de 2019 se levanta "Acta de calificación sobre C", sobre la propuesta de criterios cuantificables mediante fórmulas, ofertando en el lote 1 "UTE LUG NIEVE" 381,82 € bus y día, y "UTE RONCALIA 2019" 385 € bus

y día. En este acto, “UTE LUG NIEVE” protesta por la viabilidad del tiempo de respuesta ofrecido por “UTE LUG RONCALIA 2019”, por lo que “NICDO” requiere a la misma para que le justifique, remitiéndole el licitador por correo electrónico la justificación, otorgándole “NICDO” el carácter de confidencialidad a la respuesta.

QUINTO.- Con fecha 22 de enero de 2019, se notifica por parte de “NICDO” a las licitadoras la adjudicación del Lote 1 a favor de “UTE RONCALIA 2019”, por resultar la oferta más ventajosa al haber obtenido la mayor puntuación.

SEXTO.- Con fecha 1 de febrero, “PYRAMIDE ASESORES, S.L.”, actuando en nombre y representación de “AUTOCARES FÉLIX GASTÓN, S.L.”, interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente a la adjudicación del contrato de servicios “*Transporte por autobús dentro de la Campaña Escolar de Esquí de Fondo*”, por parte de “NICDO”, a “UTE RONCALIA 2019”.

La reclamación presentada se apoya en tres motivos. En primer lugar, respecto a los criterios cualitativos del sobre B, concretamente el plazo de sustitución del vehículo averiado por otro de las mismas características, considera la reclamante que es imposible realizar la sustitución de un vehículo averiado en el tiempo de diez minutos ofertado por la empresa adjudicataria.

Destaca que, según las condiciones reguladoras, el vehículo de sustitución debe estar disponible en la sede del licitador y, dado que el Valle del Roncal se encuentra a 109 kilómetros de la sede de la adjudicataria en Berriozar, entiende que el plazo de sustitución de diez minutos ofertado resulta de imposible cumplimiento.

Considera que ante una oferta con un tiempo de sustitución tan bajo, la Mesa de contratación debiera haber requerido las aclaraciones oportunas, ya que resulta un acto de competencia desleal y de barreras para la concurrencia en igualdad, puntuar en función de un tiempo de sustitución tan bajo.

En segundo lugar, también respecto a los criterios cualitativos del sobre B, el primer criterio puntuable es “disponibilidad de vehículo con dotación de equipos para emergencias”, puntuándose los equipos de emergencias que estén en el vehículo además

de los exigidos en el RD 443/2001. Señala la reclamante que se otorga un punto por cada equipo de emergencia adicional a los exigidos en el Real Decreto, hasta un máximo de dos puntos.

Ambos licitadores han obtenido dos puntos, cuando según la reclamante la adjudicataria sólo debiera haber recibido uno, ya que los extintores, botiquín de primeros auxilios y martillos ya son exigidos por el Real Decreto 443/2001, al igual que las ruedas de nieve, que son obligatorias según las condiciones reguladoras. Considera, por tanto, que el órgano de contratación ha efectuado una valoración incorrecta de este apartado.

En tercer lugar, respecto a los criterios cuantificables mediante fórmulas del apartado 21.2 de las condiciones reguladoras, indica que se establece una fórmula para calcular la puntuación en función del precio ofertado. Señala que de la aplicación de la misma debería haber obtenido UTE LUG NIEVE la puntuación de 13,64 puntos, y UTE RONCALIA la puntuación de 11,25 puntos, mientras que del acta de calificación del sobre C se desprende que el órgano de contratación ha puntuado a ambos licitadores con la puntuación máxima de 60 puntos, hallándonos por tanto ante una aplicación incorrecta de la fórmula contenida en las condiciones reguladoras.

Por tanto, considera que la puntuación total correcta es de 45,14 puntos de UTE LUG NIEVE frente a 34,25 de UTE RONCALIA 2019, solicitando que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la valoración, de modo que se proceda a puntuar en el sentido indicado y a adjudicar el Lote 1 – Valle de Roncal a UTE LUG NIEVE.

SÉPTIMO.- Con fecha 5 de febrero de 2019, “NICDO” aporta el expediente de contratación, junto con sus alegaciones frente a la reclamación interpuesta, conforme al artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, a excepción de la documentación referida al tiempo de respuesta frente a avería, que designa como confidencial y lo remite a través de correo electrónico a este Tribunal.

En su escrito de alegaciones, “NICDO” muestra su disconformidad con los motivos alegados por la reclamante.

En primer lugar, señala que la reclamación es presentada por “PYRAMIDE ASESORES, S.L.”, por lo que existe falta de legitimación activa ya que esta mercantil no tiene la consideración de licitador en el procedimiento, por lo que solicita la inadmisión de la reclamación y subsidiariamente que se le requiera para que acredite la representación. También solicita la inadmisión por figurar en el Portal de Contratación de Navarra que la reclamación se interpone frente a la licitación “contratación del servicio de transporte por autobús para la XXXIV Campaña Escolar de Esquí de Fondo 2018”, licitación que se publicó en 2017 y cuya ejecución ya ha finalizado.

En segundo lugar, respecto a la imposibilidad alegada de realizar correctamente el plazo de sustitución de un vehículo averiado, indica “NICDO” que el domicilio social de la UTE RONCALIA 2019 no se encuentra en Berriozar sino en Berrioplano, y que aunque se encuentre allí su domicilio social, ello no obsta a que tenga sedes en otras localidades, por lo que entiende que su oferta resulta posible.

Sobre que esta oferta pretende dejar fuera al resto de licitadores a sabiendas de que no se podrá cumplir, responde que las condiciones reguladoras ya establecen un mecanismo de sanción por si un licitador decidiera actuar de esta manera. Asimismo, señala que descontados los puntos de este criterio, el resultado final sigue siendo favorable a UTE RONCALIA 2019, por lo que este criterio no ha sido determinante para la adjudicación.

En cuanto a no haber requerido aclaración alguna, “NICDO” entiende que el tiempo de respuesta ofrecido por cada licitador es formulado de manera consciente y responsable, por lo que no requirió a ninguno de los licitadores información adicional, ya que el tiempo de respuesta desde los domicilios sociales de ambos licitadores es superior a una hora, por lo que estima que existe una estrategia comercial lícita en los dos licitadores.

Rechaza que con la aceptación del tiempo ofrecido por UTE RONCALIA 2019 se produzca competencia desleal y barreras para la concurrencia en igualdad de los demás licitadores.

En tercer lugar, respecto al criterio “disponibilidad de vehículo con dotación de equipos para emergencias”, “NICDO” acepta la alegación llevada a cabo por la reclamante, y coincide en que otorgó puntuación a la inclusión de ruedas de nieve, cuando esto se exigía en las condiciones reguladoras, por lo que en este apartado se debería haber puntuado a la UTE RONCALIA 2019 con un punto en lugar de dos.

En cuarto lugar, respecto a los criterios cuantificables mediante fórmulas del punto 21.2 de las condiciones reguladoras, “NICDO” señala que el cálculo que realiza la reclamante es correcto, y que así se recoge en el acta de apertura del sobre C al ver los resultados incorrectos. Indica que el motivo fue que ambos licitadores introdujeron incorrectamente los datos, al poner el precio por autobús y día, cuando deberían haber introducido el del servicio.

“NICDO” incluyó en las aclaraciones publicadas el 28 de noviembre que si se producía este error la oferta no sería objeto de exclusión sino que se corregiría de oficio, como así se realiza en el acto de apertura, coincidiendo las puntuaciones señaladas por la reclamante con las del órgano de contratación, reflejadas en el acta.

En consecuencia, “NICDO” solicita la inadmisión por falta de legitimación activa y por referirse a un procedimiento erróneo, y subsidiariamente desestimación íntegra por carecer manifiestamente de fundamento.

OCTAVO.- El día 27 de febrero de 2019, don Borja Fonseca San Miguel, en nombre y representación de “UTE RONCALIA 2019” presenta alegaciones al amparo del artículo 126.5 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), adhiriéndose a las alegaciones expuestas por “NICDO”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.e) de la LFCP, las decisiones que adopten las sociedades mercantiles, dependientes de las entidades mencionadas anteriormente, que en su actividad satisfagan fines de interés público y que las Administraciones Públicas financien más de la mitad de su actividad, están

sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

"NICDO" forma parte del grupo de sociedades públicas de Navarra cuya sociedad dominante es "Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U.". El 100% del capital social de esta sociedad dominante corresponde a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, por lo que sus licitaciones se encuentran sometidas a la mencionada Ley Foral de Contratos Públicos.

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 los motivos legalmente tasados, infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en los criterios de adjudicación aplicados, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- En cuanto a la legitimación activa, opone la entidad contratante la concurrencia de causa de inadmisión de la reclamación formulada, toda vez que "PYRAMIDE ASESORES, S.L." no ha participado como licitadora en el procedimiento al que la misma se contrae. Objeción que no puede prosperar.

Tal y como se desprende del expediente administrativo remitido a este Tribunal, si bien el escrito de interposición de la reclamación se presenta por "PYRAMIDE ASESORES, S.L.", lo cierto es que se formula por don Víctor Gastón Ona – en nombre y representación de AUTOCARES FÉLIX GASTON, S.L., empresa miembro de la "UTE LUG NIEVE" que ha participado en el procedimiento de licitación de referencia. Aportándose, con fecha 7 de febrero de 2019 documento de otorgamiento de representación en favor de "PYRAMIDE ASESORES, S.L.", precisamente para actuar ante este Tribunal; representación que comprende las facultades de presentar escritos y alegaciones y cuanta documentación sea necesaria o requerida en el procedimiento. Resulta, en consecuencia, debidamente acreditada la representación del compareciente y justificada la legitimación activa para la interposición de la reclamación, motivo por el cual no cabe acoger la causa de inadmisión en tal sentido alegada.

También con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas en el escrito de interposición de la reclamación interesa apuntar que el error en la identificación del procedimiento de licitación referido por la entidad contratante – indicándose que se refiere a la contratación del servicio para el año 2018 ya finalizado, siendo el presente contrato el correspondiente al año 2019 – no sólo no resulta imputable a la reclamante sino que en modo alguno se aprecia en el contenido del propio escrito de interposición de la reclamación.

Finalmente, la entidad contratante pone de manifiesto que en el apartado del escrito de interposición correspondiente a los hechos se indica que el anuncio de licitación del contrato cuya adjudicación se impugna se publica con fecha 15 de octubre de 2018, cuando dicho anuncio se corresponde con un procedimiento anterior que fue declarado desierto. Esta referencia constituye un mero error material que se evidencia como tal con la sola lectura del escrito de interposición de la reclamación, y que, además, ha sido debidamente subsanado por la reclamante en el mismo documento en el que ha aportado la representación del compareciente ante este Tribunal.

QUINTO.- Tal y como hemos expuesto en los antecedentes de hecho, la reclamante cuestiona la valoración de la propuesta técnica formulada por la adjudicataria del contrato, en lo que a la aplicación de determinados criterios cualitativos de adjudicación se refiere. Poniendo de relieve, asimismo, en relación con la valoración de la oferta económica, que una errónea aplicación de la fórmula ha determinado la adjudicación, a ambas licitadoras, de 60 puntos en este apartado, cuando en aplicación de la fórmula prevista en las Condiciones Reguladoras, les corresponden 11,25 puntos a la adjudicataria y 13,64 a la reclamante.

A los efectos de una mayor claridad en la resolución de la reclamación comenzaremos analizando el último de los motivos de impugnación citados, a saber, el error en la aplicación de la fórmula prevista para la valoración de la oferta económica; y ello sobre la base de que la reclamante se limita a indicar que el error advertido resulta de la información consultada en la Plataforma de Contratación del Gobierno de Navarra, sin efectuar consideración adicional alguna.

Sobre este particular, indica la entidad contratante que el cálculo realizado por la reclamante es correcto; siendo el mismo que aplicó la Mesa de Contratación durante el acto público de apertura de sobres, al ver los resultados incorrectos que la plataforma PLENA atribuyó a los licitadores.

Expone, asimismo, que una de las solicitudes de aclaración publicadas con fecha 28 de noviembre de 2018 se refería expresamente al hecho de que el anexo IV hace referencia al precio por autobús y día y PLENA al precio total del contrato, prórrogas incluidas, cuestionándose qué valor es el correcto. La consulta fue resuelta indicando que *"Debido a la reciente implantación de PLENA, hemos tenido que adaptar los contenidos solicitados a la realidad de la aplicación. Esta actualización es POSTERIOR a la publicación del expediente. Por ello, el valor que hay que introducir en la aplicación, es el del precio total de contrato, prórrogas incluidas. Sin embargo, el precio contractual será el precio por autobús y día, ya que el servicio se solicitará durante la campaña en función de su duración y de los participantes aceptados. Se adjunta un nuevo modelo de Anexo IV, que se corresponde con lo solicitado a través de PLENA.*

Ya que el precio por autobús y día y el precio de contrato están claramente diferenciados, si algún licitador introduce el precio/participante y día cuando debiera introducir el precio total del contrato, o adjuntase el Anexo IV adjunto a las Condiciones Reguladoras originales en vez de la corregida, la propuesta no será objeto de exclusión. La Mesa de Contratación lo corregirá de oficio.

Así pues, el error en el resultado que aparece en la citada Plataforma deriva de que ambos licitadores introdujeron el precio unitario, correspondiente al servicio de transporte por autobús y día, en lugar del precio correspondiente al servicio; extremo que fue corregido por la Mesa de Contratación en el propio acto de apertura del Sobre C. Este proceder, además de ajustarse a lo indicado en la aclaración publicada a tales efectos, determina que el error de los datos indicados en la plataforma constituya, a lo sumo, una irregularidad no invalidante, puesto que, habiendo sido subsanado en el momento de la apertura y con todas las garantías de publicidad inherentes a dicho acto, ninguna incidencia ha tenido en la concreta valoración que cada licitadora ha recibido por este concreto criterio de adjudicación. Procede, en consecuencia, la desestimación de este concreto motivo de impugnación.

SEXTO.- En relación con la aplicación de los criterios de adjudicación cualitativos, cuestiona la reclamante, la valoración de la oferta de la adjudicataria en cuanto al plazo de sustitución del vehículo averiado y a la dotación de equipos para emergencias.

Interesa comenzar recordando que el pliego regulador del contrato – o, en su caso, las Condiciones Reguladoras - que elabora la entidad contratante y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituye la ley del contrato y vincula, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la ésta como a los participantes en la licitación, siendo el elemento reglado que permite un control posterior de la misma. Esta vinculación, en cuanto a la entidad contratante, supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en el pliego en perjuicio de los licitadores y, por tanto, la valoración realizada por la misma ha de ajustarse a lo previsto en el mismo. Respecto de los licitadores supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en el pliego y realizar la oferta con sujeción a las especificaciones técnicas, de forma que en caso de no hacerlo deben ser excluidos de la licitación, toda vez que lo contrario supondría, tal y como señala la Resolución 131/2016, de 6 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, admitir una oferta alternativa, compitiendo con ofertas dispares, que no permitiría comparar ofertas que contienen las mismas prestaciones e iguales costes, conculcándose con ello el principio de igualdad.

Lo más significativo, en relación con el carácter vinculante del pliego, es que la participación en el procedimiento por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en el mismo que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudirse para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación al cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión.

Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 442/2018, de 21 de diciembre *"(…) para dar adecuada respuesta jurídica a la controversia planteada sobre la interpretación de las cláusulas del contrato, conviene destacar que, como ha señalado la jurisprudencia, los Pliegos de cláusulas administrativas particulares constituyen una verdadera ley contractual. Así, la STS de*

17-10-2000 (ROJ: STS 7424/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7424) Recurso: 3171/1995 | Ponente: Juan Jose Gonzalez Rivas señala que es "doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en los Pliegos de Condiciones, puesto que en la contratación se regulan los derechos y obligaciones de la contrata, dando lugar a lo que se considera la Ley del Contrato (criterio jurisprudencial reiterado desde las sentencias de 29 de enero de 1950, de octubre de 1957, 13 de febrero de 1958, 27 de abril de 1964, 4 de mayo de 1968 y 18 de octubre de 1978, entre otras), teniendo en cuenta, en todo caso, la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras".

En el mismo sentido, la STS, Sec. 7ª, de 25 de junio de 2012, RC 1790/2009, establece que: "Como hemos dicho en las Sentencias de 18 de julio de 2008 (casación 3527/2006) y 13 de marzo de 2008 (casación 3405/2005), los Pliegos Particulares constituyen una verdadera ley contractual, ya que en ellos se articulan las cláusulas constitutivas de las obligaciones y derechos de las partes que ofrecen para estas carácter de Ley". Esta Sala también acoge esta doctrina en la sentencia nº 209/2017, de 4 de mayo de 2017, Rec. 187/2016, entre otras, en la que se establece que: "En definitiva el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se califica por la jurisprudencia como "auténtica ley del contrato" al recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes en sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos. La relevancia del Pliego es debida a que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en ellos (…)".

Por lo demás, la Administración goza de margen de discrecionalidad al redactar el Pliego, especialmente en cuestiones técnicas, pero una vez redactados, la adjudicación del contrato ha de realizarse conforme a lo establecido en éste. Así, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2018 " *La discrecionalidad administrativa solo juega con anterioridad a*

la adjudicación al decidir con libertad de criterio el objeto del contrato, las condiciones administrativas y prescripciones técnicas que han de regir la adjudicación respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra normativa sobre contratación administrativa: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa, pero no ocurre lo mismo en el proceso selectivo en que la administración debe respetar absolutamente las reglas previamente establecidas por ella en los correspondientes pliegos. Asimismo hemos de recordar que la carga de la prueba de desvirtuar los datos, los hechos y los razonamientos de las resoluciones recurridas incumbe a la recurrente".

Así las cosas, para la resolución de las cuestiones planteadas ha de partirse del documento correspondiente a las Condiciones Reguladoras para la contratación del Servicio de Transporte por Autobús en la Campaña Escolar de Esquí de Fondo, cuya clausula cuarta establece que *"El objeto del contrato es la realización del servicio de transporte por autobús para el alumnado y profesorado participante en la campaña escolar de esquí de fondo. La actividad se desarrollará en dos escenarios:*

- *Valle de Roncal*
- *Valle de Salazar*

Corresponderá al adjudicatario transportar al alumnado desde los diferentes alojamientos hasta las estaciones de esquí correspondiente (Roncal: Larra-Belagua, Salazar: Abodi), llevarlos de vuelta al alojamiento tras la impartición de las clases, y transportar el alumnado a las actividades de tarde.

Una descripción detallada de los trabajos se encuentra incluido en el Anexo I.

El alcance del contrato incluye el cumplimiento de toda la normativa aplicable a la ejecución del contrato". Especificando, sobre este particular, la cláusula primera de las especificaciones técnicas que *"En el caso del Valle de Roncal, la práctica del esquí se desarrollará en cualquiera de las tres diferentes pistas de la estación de Larra-Belagua. Como norma general, en aproximadamente el 90% de las ocasiones, en las pistas de El Ferial, a 22 kilómetros al norte de Isaba. Por motivos climatológicos o de calidad de la nieve, también se podrá esquiar en las pistas de La Contienda (a 25 kilómetros al norte de Isaba), Mata de Haya (a 12 kilómetros al norte de Isaba) o, incluso en un caso extremo, en Abodi en el valle de Salazar (a 22 kilómetros al noroeste de Isaba). En el caso de que no se pueda esquiar, se llevará a cabo el Programa de*

Actividades Alternativas en diferentes localidades del Valle de Roncal. Las actividades de la tarde se desarrollarán en el Valle de Roncal: Isaba y Roncal".

A su vez, indica la cláusula quinta que *"El presente contrato es objeto de división en DOS lotes coincidiendo con el de lugares de prestación de los servicios:*

- *Lote 1: Valle de Roncal*
- *Lote 2: Valle de Salazar*

Los licitadores podrán optar a la adjudicación de uno o dos lotes, a su elección. Un mismo licitador podrá ser adjudicatario de los dos lotes, si presenta la mejor oferta técnico-económica en ambos lotes de manera independiente".

Para la adjudicación del contrato se sustancia un procedimiento abierto de adjudicación, disponiéndose en la cláusula vigésima que la adjudicación recaerá en favor de la oferta que presente mejor relación calidad - precio, a cuyos efectos se aplican varios criterios de adjudicación, distinguiendo entre criterios cualitativos y criterios cuantificables mediante fórmulas, que se determinan en la cláusula vigesimoprimera: *"21.1 CRITERIOS CUALITATIVOS*

Se valorará de la siguiente manera, en cada uno de los lotes a los que el licitador opte:

i. Propuesta del licitador de disponibilidad de vehículo con dotación de equipos para emergencias hasta 2 puntos

Se otorgará un punto por cada equipo de emergencia adicional a los exigidos en el RD 443/2001 y con el que se equiparán todos los autobuses adscritos hasta un máximo de 2 puntos.

ii. Plazo de sustitución de un vehículo averiado hasta 10 puntos

Expresado en horas, se valorará de acuerdo con la siguiente expresión:

$$Pi = 10 \times tminti$$

Siendo:

Pi (puntos): valoración obtenida por el licitador i en este apartado

tmin: Mínimo tiempo ofertado de entre todos los licitadores

ti: Tiempo ofertado por el licitador i en este apartado

iii. Prevención de Riesgos Laborales hasta 12 puntos

Se valorará con cada certificado de curso de formación impartido a cada uno de los conductores adscritos al servicio y presentados en el sobre nº 1. La materia de los cursos debe versar sobre:

Conducción en condiciones de carreteras adversas

Primeros auxilios con opción a accidente en carreteras

Tan sólo se valorará un curso por conductor y materia.

Las valoraciones serán:

Lote 1: por cada uno de los cursos (hasta 2) y conductores (hasta 4)

1,5 puntos/certificado

Lote 2: por cada uno de los cursos (hasta 2) y conductores (hasta 2)

3,0 puntos/certificado

iv. Puesta a disposición de espacio para publicidad hasta 6 puntos

Compromiso por parte del licitador de puesta a disposición de NICDO de forma gratuita y durante toda la duración del contrato de espacios publicitarios en la flota de autobuses que posee el adjudicatario.

Las valoraciones serán:

Lote 1: por cada vehículo comprometido hasta un máximo de 3 vehículos

2 puntos/vehículo

Lote 2: por cada vehículo comprometido hasta un máximo de 2 vehículos

3 puntos/vehículo

v. Criterios medioambientales hasta 10 puntos

Se valorará con cada certificado de curso de formación impartido a cada uno de los cuatro conductores adscritos al servicio y presentados en el sobre nº 1 en materia de conducción eficiente (máximo un certificado por conductor).

Lote 1: por cada uno de los 4 conductores 2,5 puntos/certificado

Lote 2: por cada uno de los 2 conductores 5,0 puntos/certificado

21.2 CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE FÓRMULAS

En cualquier caso, los precios ofertados deberán de respetar los costes derivados de la aplicación del convenio sectorial correspondiente. Para el cálculo de la puntuación obtenida por cada licitador según el precio por alquiler de vehículo y día, se aplicará la siguiente fórmula en cada uno de los lotes:

Pi= 60 x Bi x K

Siendo:

Pi (puntos) = valoración obtenida por el licitador i en este apartado

Bi: baja emitida por el licitador i en este apartado calculada como: Precio

máximo de licitación − Precio OfertadoPrecio máximo de licitación

K: Constante que tendrá un valor de:

- *Si Bmax ≥ 20% entonces K=1/ Bmax*
- *Si Bmax < 20% entonces K=5*

El resultado derivado de la aplicación de la fórmula se redondeará a dos decimales".

Como consecuencia de lo anterior, la cláusula 16, al regular forma de presentación de la oferta, tras determinar que "*La presentación de proposiciones por los interesados supone la aceptación incondicional por su parte a la totalidad de las presentes Condiciones Reguladoras, sin salvedad o reserva alguna"*, añade que las propuestas contendrán tres sobres que se corresponden con la documentación general (Sobre A), la propuesta de criterios cualitativos (Sobre B) y la propuesta de criterios cuantificables mediante fórmulas (Sobre C); y finaliza disponiendo la exclusión automática de aquéllas propuestas que incluyan en el sobre A y/o B documentación que corresponda incluir en el sobre C.

Por su parte, la cláusula 19.2 en relación con el Sobre B “Criterios Cualitativos”, dispone que las empresas licitadoras deberán aportar la documentación en correspondencia con los criterios cualitativos recogidos en la estipulación 21.1, especificando como contenidos a incluir en cada uno de los lotes a los que se opte:

“i. Propuesta del licitador de disponibilidad de vehículo con dotación de equipos para emergencias.

En concreto se deberá enumerar los equipos de emergencias que estarán en cada vehículo además de los exigidos en el RD 443/2001.

ii. Plazo de sustitución de un vehículo averiado.

Se valorará el tiempo ofertado para la sustitución del autobús averiado por otro de las mismas características, considerando como tiempo de sustitución el tiempo transcurrido desde el momento de la avería hasta el reemplazo del autobús de sustitución con los pasajeros ya a bordo. No respetar este tiempo de sustitución comprometido por el adjudicatario conllevará la sanción detallada en el Anexo I.

iii. Prevención de Riesgos Laborales.

Formación en materia de conducción en condiciones de carreteras adversas. Se valorará cada curso para el personal asignado a este servicio (deberán coincidir los nombres con los curriculum entregados en el apartado 11.3)

Formación en materia de primeros auxilios con opción a accidente en carreteras. Se valorará cada curso para el personal asignado a este servicio (deberán coincidir los nombres con los curriculum entregados en el apartado 11.3).

iv. Puesta a disposición de espacio para publicidad.

Propuesta del licitador de puesta a disposición de NICDO de forma gratuita y durante toda la duración del contrato de espacios publicitarios en la flota de autobuses que posee el adjudicatario.

v. Criterios medioambientales.

Justificación de que los conductores asignados al servicio han recibido, a fecha de entrega de la oferta, formación en materia de conducción eficiente. Deberán coincidir los nombres con los curriculum entregados en el apartado 11.3.”

Asimismo, conforme a lo dispuesto en la cláusula decimonovena, en primer lugar, y en acto interno se procederá a la valoración de los criterios cualitativos, cuya documentación se corresponde con el Sobre B de las proposiciones presentadas, y, posteriormente y en acto público, se procederá a la valoración de los criterios evaluables

mediante fórmulas (Sobre C). Indicando expresamente, en relación con la valoración de los criterios cualitativos que *"Si el órgano de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación será de cinco días"*.

Por su parte, las Especificaciones Técnicas contenidas en el Anexo I de Condiciones Reguladoras establecen en su cláusula segunda que *"(…) Como norma general, el servicio será prestado por un mínimo de tres autobuses en el caso del Valle del Roncal y 1 autobús en el caso del Valle de Salazar. Los autobuses deberán ser adecuados para atender las necesidades de la Campaña durante el plazo de ejecución del contrato, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, el cual es asistir a clases de esquí y actividades lúdicas en un entorno de montaña. Además se tendrá un autobús de sustitución para caso de avería, el cual estará ubicado en la sede del Adjudicatario, y que deberá acudir al punto solicitado en el plazo máximo comprometido por el Adjudicatario en su oferta (…)"*.

Así pues, el servicio consiste en el desplazamiento de alumnos y profesores desde los alojamientos ubicados en las localidades de Garde, Roncal y Urzainqui hasta las estaciones de esquí, en los horarios y recorridos detallados en la cláusula tercera de las especificaciones técnicas; de ahí que el adjudicatario del servicio deba disponer de los tres autobuses en el Valle del Roncal, por ser éste el lugar donde se inicia el servicio. Disponiéndose que el autobús suplente no debe estar disponible en dicha ubicación sino en la sede del adjudicatario y la valoración del menor tiempo en llegar al punto donde se ha producido la avería.

Efectivamente, la cláusula undécima del Anexo I, en relación con el autobús suplente, establece que *"El servicio se efectuará con los autobuses titulares reflejados en su oferta por el adjudicatario. Como norma general, tres en el Valle de Roncal, uno en el Valle de Salazar. En caso de avería, reparaciones o revisiones se podrá autorizar la utilización del autobús de reserva, designado en su oferta por el adjudicatario, con carácter temporal y por el tiempo estrictamente indispensable.*

En todo caso el autobús de reserva será de iguales características, prestaciones y calidad a los autobuses destinados a la prestación del servicio.

La autorización la realizará NICDO, previa comunicación a la empresa adjudicataria, por lo que el Adjudicatario facilite un número de teléfono con atención 24 horas.

El autobús suplente estará ubicado en la sede del Adjudicatario, y que deberá acudir al punto solicitado en el plazo máximo comprometido por el Adjudicatario en su oferta, a contar éste desde que NICDO intente por primera vez contactar con el teléfono de atención 24h facilitado. De lo contrario, podrá ser objeto de penalización de un 2,5% sobre su facturación mensual por cada hora de retraso, redondeado el tiempo de retraso al número entero más cercano. Es decir, hasta media hora de retraso no es penalizable; entre media hora y hora y media de retraso podrá suponer un 2,5% de penalización sobre la facturación mensual; entre hora y media y dos horas y media de retraso, un 5%; y así sucesivamente.

En el caso en el que un mismo licitador resultara adjudicatario de los dos lotes, no será necesaria la reserva de un vehículo de sustitución por lote, sino que uno solo será suficiente para satisfacer este apartado.

En el plazo máximo de 48 horas a contar desde el momento en el que sea necesario la presencia del autobús suplente, el Adjudicatario deberá designar un nuevo autobús suplente.

En el supuesto de que a lo largo de la ejecución del contrato los autobuses propuestos por el adjudicatario quedaran por cualquier circunstancia inutilizados y/o inservibles para la prestación del servicio, NICDO podrá autorizar la prestación del servicio con autobuses de iguales características, prestaciones y calidad iguales o superiores a los establecidos por el licitador en su oferta."

Finalmente, antes de analizar los concretos motivos de impugnación alegados, recordaremos la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración cuando se trate de la valoración de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, en la que venimos manifestando que el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 1/2019, de 11 de enero, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos debe

quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como su correspondencia con lo establecido en el pliego, a que no se haya incurrido en arbitrariedad, error patente o irracionalidad al efectuarla y además, que esta valoración se encuentre suficientemente motivada en el expediente. Así pues, la función de este Tribunal en relación con la impugnación de las valoraciones otorgadas a las distintas propuestas no es suplantar el acierto técnico en dicha valoración, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con el pliego y suficientemente motivada; quedando fuera de este limitado control posible aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017, en relación con la valoración del tiempo de respuesta considerado de imposible cumplimiento, recuerda que *la discrecionalidad técnica de la que, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En este caso, la aceptación por la mesa de contratación del tiempo de sustitución ofertado por la reclamante, no lo excluye, desde luego, del control judicial. En realidad, se trata de un aspecto de hecho perfectamente susceptible de ser desvirtuado, como en efecto lo ha sido.*

Así las cosas, y conforme a la doctrina citada, procede verificar la concurrencia de los errores alegados en la aplicación de los criterios de adjudicación indicados por la reclamante, y ello toda vez que se trata de uno de los aspectos que, no obstante la

discrecionalidad técnica reconocida, se hayan sujetos a control por parte de este Tribunal.

SEPTIMO.- Sobre la valoración realizada en aplicación del criterio relativo al tiempo ofertado para la sustitución del autobús averiado previsto en la cláusula 18.3 del Pliego regulador, apunta la reclamante que la adjudicataria del contrato ha ofertado en tal apartado el menor tiempo (diez minutos) obteniendo, por tanto la máxima puntuación, cuando resulta que tal propuesta resulta de imposible cumplimiento puesto que su sede se sitúa, respecto del Valle del Roncal, a una distancia muy superior a la que puede ser recorrida en tal periodo de tiempo, motivo por el cual entiende que dicha oferta no debiera haber superado el análisis de la Mesa de Contratación; añadiendo, además, que este apartado tiene un importante impacto en la puntuación total, resultando definitivo a la hora de establecer el adjudicatario.

Oponen la entidad contratante y la tercera interesa que ha comparecido en el presente procedimiento, que el tiempo de respuesta suscrito por cada licitador es formulado de manera consciente y responsable, estando prevista en el pliego la imposición de penalización en caso de incumplimiento; motivo por el cual la Mesa de Contratación decidió no requerir a ninguno de los licitadores información adicional a la suscrita. Señala, en este sentido, que el tiempo de respuesta de cualquiera de los dos licitadores desde sus domicilios sociales - no sedes, puesto que pueden disponer de éstas en otras localidades – hasta Isaba en autobús es superior a una hora, de donde se desprende que existe alguna estrategia comercial lícita en ambos para acortar estos tiempos o, directamente, juegan con la probabilidad de que se produzca una avería y asumen las penalizaciones.

Apuntan, asimismo, que descontadas las puntuaciones correspondientes a este criterio el resultado final sigue siendo favorable a la adjudicataria, de donde concluyen que no reviste carácter trascendente; manifestando que, que sin perjuicio de lo anterior, ante los protestas de la reclamante en el acto de apertura del Sobre C, se preguntó a la adjudicataria acerca de la viabilidad de su tiempo de respuesta, quien respondió, mediante correo electrónico, desvelando su estrategia comercial y otorgando carácter confidencial a tal respuesta.

Las Condiciones Reguladoras transcritas en el fundamento de derecho precedente imponen valorar el plazo de sustitución de un vehículo averiado con el máximo de 10 puntos a aquella oferta que estableciese el tiempo menor para ello expresado en horas, si bien debe advertirse que las propias condiciones reguladoras regulan tal sustitución en el apartado correspondiente a las prescripciones técnicas, exigiendo que el vehículo suplente debe estar ubicado en la sede de la adjudicataria y acudir al punto solicitado en el plazo máximo ofertado a estos efectos, condición que, como se ha razonado, resulta conocida y vinculante para los licitadores al formular su oferta y que la entidad contratante debe considerar al otorgar la correspondiente valoración.

Sentado lo anterior, la adjudicataria del contrato ha ofertado como tiempo de sustitución diez minutos, siendo la mejor oferta en tal aspecto y valorada, por tanto, con la máxima puntuación en este apartado. Resultando que la problemática que se plantea es si tal valoración resulta ajustada a derecho cuando el domicilio social de la adjudicataria se encuentra ubicado a una distancia de la zona de destino (Isaba) mucho mayor que la que es posible recorrer en el periodo de tiempo ofertado; cuestión ésta reconocida por la entidad contratante en su informe de alegaciones, donde indica que dicha distancia es superior a una hora en el caso de ambos licitadores.

En relación con la interpretación de los criterios de adjudicación, este Tribunal ha señalado en varios Acuerdos, por todos el Acuerdo 42/2018, de 15 de junio, que *”Formando los criterios de adjudicación parte del Pliego, es decir de la “Ley del Contrato”, para poder aplicarlos adecuadamente la entidad adjudicadora debe llevar a cabo una labor de interpretación de los mismos, interpretación en la que, conforme a doctrina constante (por todas la Resolución nº 281/2015, de 15 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC), es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dado que “los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos” (Resolución 70/2016 del TACRC).*

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

Al hilo de lo anterior, la propia cláusula 18.2 concreta que se entiende por "tiempo de sustitución" – el transcurrido desde el momento de la avería hasta el reemplazo con los pasajeros ya a bordo –; resultando, por otro lado, que las previsiones contenidas en las condiciones reguladoras sobre el vehículo de sustitución son claras en el sentido de que éste debe estar disponible en la sede del adjudicatario; configurándose ésta como el punto desde donde se computa el tiempo de sustitución del vehículo. Siendo esto así, como sede de la adjudicataria cabe interpretar, tal y como hace la reclamante, el lugar donde radique su principal establecimiento o explotación, es decir, su domicilio social; si bien lo cierto es que, a juicio de este Tribunal, dicha interpretación no es la única posible, máxime si atendemos a que la adjudicataria es una unión temporal de empresas y a la posibilidad, más que razonable, de que las empresas que forman parte la misma puedan disponer o habilitar sedes ubicadas en lugares distintos a aquél donde radique el domicilio social en los que disponga de los medios materiales para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato como la que nos ocupa, e incluso suscribir a tales efectos fórmulas de colaboración con otras empresas. No obstante, adelantamos ya, que ninguno de estos supuestos está acreditado en el expediente; circunstancia que tiene, como se verá a continuación, incidencia directa en la resolución de la controversia en tal sentido planteada.

Sentado lo anterior, asiste razón a la reclamante cuando alega la imposibilidad material de que la adjudicataria cumpla con el tiempo de diez minutos ofertado para la sustitución del autobús tomando como punto de salida las instalaciones de la empresa ubicadas en la localidad de Berrioplano, en la medida en que ésta se encuentra a una distancia superior a cien kilómetros de la zona donde se desarrolla la prestación del servicio. Esta circunstancia que cabe apreciar de la propia oferta presentada no sólo constituye base suficiente para la solicitud, al amparo de lo dispuesto en el artículo 97 LFCP y en las propias condiciones reguladoras, de aclaración complementaria sobre tal extremo, sino que ello resulta más que aconsejable en orden a posibilitar la consecución de la finalidad relativa a la selección de la oferta de mejor calidad – precio.

De hecho, apunta la entidad contratante que tras la apertura del Sobre C, ante la insistencia de la reclamante, solicitó de la adjudicataria la aclaración oportuna, cuya respuesta ésta califica de confidencial apuntando a decisiones de estrategia comercial. Sin embargo, y no obstante apuntar que la solicitud de aclaraciones debió sustanciarse tras la apertura del sobre B, debemos advertir que dada la claridad del pliego en relación con el criterio de adjudicación que nos ocupa, la única posibilidad admisible hubiera sido que la adjudicataria hubiese acreditado disponer, por cualesquier título, de una sede en localidad próxima al Valle del Roncal, lo que no ha sucedido, toda vez que las explicaciones en tal sentido trasladas no dejan de ser meras afirmaciones carentes de sustento alguno.

Así pues, a la vista de la insuficiencia de las justificaciones aportadas en la fase de solicitud de aclaración, no cabe sino concluir que el tiempo de sustitución ofertado por la adjudicataria es de imposible realización, sin que resulte admisible apuntar a un posible ánimo de incumplimiento entre las licitadoras, toda vez que no sólo el tiempo ofertado por la reclamante (sesenta minutos) es mucho más realista que el indicado por la adjudicataria, sino que tal aspecto, en lo que se refiere a la propuesta de la reclamante, no es objeto de la reclamación que nos ocupa.

Alcanzada la anterior conclusión, que determina la estimación del motivo de impugnación en tal sentido esgrimido por la reclamante, y, por ende, la anulación del acto de adjudicación del contrato, debemos precisar los efectos derivados de la misma, lo que impone analizar si tal circunstancia debe llevar consigo aparejada la exclusión de

la adjudicataria del procedimiento por incumplimiento de las condiciones reguladoras o bien si, en caso contario, tal circunstancia debe tener incidencia en la valoración asignada por tal criterio de adjudicación.

Tal y como se ha expuesto, ningún esfuerzo adicional precisa la afirmación relativa a que en diez minutos resulta imposible recorrer la distancia existente entre Berrioplano – domicilio social de la adjudicataria – e Isaba, localidad desde la cual se inician los desplazamientos a las estaciones de esquí, resultando que tal consideración no sólo no ha sido desvirtuada por parte de la adjudicataria, sino que, habiendo tenido la oportunidad para ello no ha acreditado la alternativa u opción que hace viable el tiempo ofertado. Por este motivo debemos concluir que el tiempo de sustitución ofertado por la adjudicataria no es válido, de donde la valoración de tal extremo por parte de la Mesa de Contratación no se ajusta a derecho en la medida en que no se ha ajustado a las previsiones contenidas al efecto en las Condiciones Reguladoras, conculcando con ello los principios de igualdad, transparencia y no discriminación.

Empero, debe advertirse que las Condiciones Reguladoras en ningún caso establecen un mínimo de tiempo por debajo del cual las ofertas no resultasen viables y pudieran ser rechazadas, ni tampoco un máximo a partir del cual no se obtuviese puntuación alguna, limitándose a indicar la fórmula de valoración por referencia al tiempo mínimo ofertado de entre todos los licitadores.

Al hilo de lo anterior, dispone el artículo 59.2.c) LFCP que las condiciones particulares de los contratos deberán especificar los criterios de adjudicación, su ponderación, determinando si alguno es esencial, o si en alguno de ellos existe una puntuación mínima por debajo de la cual se excluye la oferta; y ello sin perjuicio de la facultad de desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato.

Llegados a este punto, cabe traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de exclusión derivada del incumplimiento de las condiciones técnicas establecidas en el pliego – por todos, Acuerdo 122/2018, de 13 de diciembre - donde afirmamos que sólo cuando sólo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna de que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las

prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. El incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en el pliego.

Sobre este particular, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales añade que *"(…)También se ha dicho (Resolución 560/2015) que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento.*

En este punto resulta procedente acudir a la resolución de este Tribunal 250/2013 que señala que: "... una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato -como sucede con la forma en que se realizarán las tareas de acondicionamiento e instalación a las que ahora nos referimos- sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012,219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)".

A la vista de la redacción de las Condiciones Reguladoras del Contrato queda claro que al no establecerse tiempos máximos y mínimos para sustitución del vehículo como condición o prescripción técnica superados los cuales las ofertas no garanticen la correcta ejecución del contrato, difícilmente puede sostenerse que la oferta formulada por la adjudicataria incumpla el pliego o resulte técnicamente inviable. De hecho, tal y como pone de relieve la entidad contratante en su informe de alegaciones, la única

consecuencia que las citadas condiciones prevén ante un eventual incumplimiento del plazo ofertado es la imposición de penalización; previsión que, unida a la propia formulación del criterio de adjudicación, pone de manifiesto que este aspecto no reviste carácter esencial en lo que a la correcta ejecución del contrato se refiere.

Dicho de otro modo, si la entidad contratante no incluyó un mínimo de tiempo a los efectos indicados, no puede ahora sostenerse la procedencia de la exclusión de la oferta pues, precisamente al no exigirse un tiempo mínimo, cada licitadora – que participó en la licitación aceptando que no había un mínimo y la forma de en que se iba a hacer la valoración - ofertó el que consideró. Si bien la insuficiente acreditación de la viabilidad de cumplir lo ofertado, imputable exclusivamente a la adjudicataria, debe conllevar que no se valore la oferta formulada en este concreto extremo.

En ese sentido, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017, concluye que *"En realidad, tales argumentos se apartan de la cuestión central que no es otra que en esos 17 minutos no se puede completar la distancia existente entre el Polígono Industrial de Cascajares, sito en el 25 de la Carretera de Logroño, de Nájera, y el nº 98 de la Calle de Piqueras en la capital de La Rioja en los vehículos destinados al servicio y respetando las limitaciones de velocidad. En este sentido, ni consta que la medición ofrecida por la aplicación informática de la Guía Repsol de la que se sirvió Indusal Navarra, S.A. contemplase esos vehículos ni, en realidad, sería determinante que lo hiciera porque tal resultado puede ser desvirtuado. Eso es, precisamente, lo que hace la sentencia sirviéndose de los elementos de hecho puestos a su disposición y de unos razonamientos cuya lógica es clara y no ha sido invalidada por los motivos de casación.*

No siendo posible cumplir ese tiempo observando los límites de las vías interurbanas y urbanas que se deben utilizar y los que rigen para los vehículos, no siendo posible mantener una media superior a los 90 kilómetros por hora, la conclusión se imponía por sí misma: el tiempo de respuesta no es válido. Constatarlo y extraer la consecuencia de que no cabe atribuir puntos por ese concepto, no supone, por otro lado, sustituir a la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales ni injerirse en aspectos técnicos en los que se debe dar al criterio administrativo una presunción iuris tantum de acierto. Se trata simplemente de hacer valer los términos de la licitación fijados por el Servicio Riojano de Salud excluyendo un elemento de la

oferta que, a la vista de los hechos relevantes y de las normas de circulación, no responde a la realidad.

Precisamente, porque no se corresponde con la realidad el tiempo de respuesta, no se le pueden dar a Indusal Navarra, S.A. los 4,41 puntos que se le asignaron. Y tampoco cabe reprochar a la sentencia que no estableciera por sí misma o requiriera que se determinara cuál debía ser el correcto y cuál la puntuación que debía dársele ya que no se dispone de los datos y elementos precisos para decir cuántos minutos tardarán los vehículos de esa empresa en ir desde un punto hasta otro, datos y elementos que correspondía a la empresa concurrente a la licitación aportar".

Así las cosas, el otorgamiento de cero puntos a la oferta formulada por la adjudicataria en el criterio de adjudicación relativo al plazo de sustitución de un vehículo averiado, una vez concluido que dicha oferta no puede ser rechazada, se evidencia como la solución más correcta y acorde con el principio de proporcionalidad, reconocido por la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009 – asunto T-195/08 – y elevado a rango de principio de la contratación pública en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

OCTAVO.- Alega la reclamante, como segundo motivo de impugnación, la incorrecta aplicación del criterio cualitativo de adjudicación correspondiente a la propuesta de equipos de emergencia adicionales a los exigidos en el RD 443/2001, toda vez que habiendo recibido ambas licitadoras dos puntos en este apartado, lo cierto es que a la adjudicataria sólo le corresponde 1 punto, puesto que habiendo incluido en su oferta extintores, botiquín primeros auxilios, martillos rompe cristales, ruedas de nieve y localizador vía satélite, sólo era puntuable el equipo de localización vía satélite, ya que el resto de los equipos indicados son exigidos por el RD citado y por las Condiciones Reguladoras del Contrato.

La entidad contratante, en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal, reconoce expresamente que la Mesa de Contratación debió otorgar a la adjudicataria, en este apartado, únicamente un punto, y ello toda vez que a la vista de que el articulo 4 del RD 443/2001 incluye la obligatoriedad del equipamiento correspondiente a los extintores, botiquín primeros auxilios y martillos rompe cristales, se otorgaron dos puntos en atención a la inclusión de ruedas de nieve y localizador vía satélite, cuando lo cierto es que las ruedas de nieve son obligatorias conforme a las Condiciones Reguladoras.

La Resolución 18/2017, de 13 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, respecto al allanamiento del órgano de contratación recuerda lo siguiente: *"Al respecto, hay que advertir que, aunque esta forma de terminación del procedimiento no se contempla expresamente en el TRLCSP (LA LEY 21158/2011), que se limita en el artículo 47.2 a decir que en su resolución el Tribunal deberá "decidir motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado", resulta aplicable en estos procedimientos, por su similitud con el supuesto analizado, la regulación del allanamiento en la Ley 29/1998 (LA LEY 2689/1998) reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa -tal como se ha resuelto por este Tribunal en supuestos similares como en la Resolución 104/2013 o la más reciente 105/2015, de 30 de enero- regulación que en su artículo 75 prevé expresamente la posibilidad de que "Los demandados podrán allanarse cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo anterior", añadiendo en su párrafo segundo que "Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá en el plazo común de diez días dictando luego la sentencia que estime ajustada a derecho".*

Como vemos, en principio, el allanamiento parcial del órgano de contratación debe llevar a la estimación parcial del recurso en lo que al motivo de impugnación que nos ocupa, salvo que tal allanamiento pueda suponer infracción "manifiesta" del ordenamiento legal vigente.

A este respecto, debemos tener en cuenta que, efectivamente, la cláusula décima de las Especificaciones Técnicas de las Condiciones Reguladoras determina que *"Todos los vehículos en los que se desarrolle el servicio tendrán una antigüedad inferior diez años, contarán con sistema de calefacción y aire acondicionado en perfecto estado de funcionamiento, que las cuatro ruedas sean de invierno -de última generación-, así como estar dotados de los dispositivos de seguridad necesarios y contar con las autorizaciones y revisiones exigibles por la normativa vigente en vigor. Así mismo en caso de necesidad deberán contar con un vehículo adaptado para poder transportar a alguna persona con alguna minusvalía"*.

Así pues, queda claro que el equipamiento relativo a las ruedas de nieve constituye una especificación técnica de obligatorio cumplimiento por parte de todos los licitadores y, precisamente en atención a tal obligatoriedad, no puede ser, tal y como indica la entidad contratante susceptible de valoración, como razona la Resolución 151/2016, de 1 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía: *"(…) El cumplimiento de los requisitos mínimos del PPT es condición necesaria para que la oferta siga en el proceso selectivo, por lo que aquél cumplimiento obligado nunca puede ser valorado ya que es el suelo del que debe partirse en la evaluación de las ofertas. Por tanto, solo aquellas proposiciones que mejoren los requisitos mínimos fijados en la licitación y/o los aspectos técnicos definidos en el pliego para su valoración podrán definir puntos"*.

En consecuencia, reconocido por parte de la entidad contrate el error en la valoración de este apartado y acreditado el mismo en atención a lo expuesto anteriormente, procede la estimación de la reclamación en este punto, en la medida en que la adjudicataria únicamente debió recibir puntuación en lo que a la oferta de localizador vía satélite se refiere.

NOVENO.- Cumple analizar los efectos de la estimación de la reclamación en orden a decidir si procede únicamente la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la aplicación de tales criterios de adjudicación o debe anularse íntegramente el procedimiento; a cuyos efectos debe analizarse si, habiéndose abierto el sobre C, se ve comprometida la confidencialidad y secreto de las proposiciones de los interesados.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 LFCP, la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas debe realizarse con posterioridad a la valoración de los criterios cualitativos o sometidos a juicio de valor. Esta exigencia viene motivada por la necesidad de garantizar que los criterios sometidos a juicio de valor no pueden verse condicionados por la previa valoración de los criterios cuantitativos, por cuanto en caso contrario, tal y como expone la Resolución 425/2016, de 3 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se correría el riesgo de permitir al órgano de contratación otorgar una mayor o menor puntuación a estos criterios subjetivos para acomodar la puntuación total a la luz de la puntuación obtenida en la valoración de los criterios sujetos a fórmula matemática, razón por la que el precepto citado de la LFCP determina la presentación en forma separada de la documentación a valorar según se trate de criterios cuantitativos o cualitativos, respectivamente; y que fundamenta la doctrina de este Tribunal contraria a la retroacción de actuaciones al momento de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor una vez conocida la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas automáticas, avalada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, que se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones cuando indica que "*se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior.*"

Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, resulta que la valoración afectada por la estimación de la reclamación sería la correspondiente a los criterios cualitativos (Sobre B), si bien lo cierto es que a pesar de su configuración como criterios cualitativos su propia formulación se realiza a través de la aplicación de fórmulas matemáticas de forma que en su correcta aplicación ningún margen de discrecionalidad cabe apreciar, habida cuenta que no queda al albur de la discrecionalidad de la Mesa de Contratación la determinación de unas pautas de cuantificación o distribución de la puntuación máxima permitida por las condiciones

reguladoras que lleven aparejadas opciones valorativas implícitamente excluyentes de otras igualmente válidas, no entrañando, en consecuencia, juicio de valor alguno, amén de responder a la mera a aplicación de las fórmulas consignadas en las propias condiciones reguladoras. Esta naturaleza de los criterios de adjudicación controvertidos determina la procedencia de la retroacción de actuaciones al momento anterior a la valoración, a los efectos de que la Mesa de Contratación aplique adecuadamente los criterios de adjudicación cuestionados.

Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 405/2018, de 5 de diciembre, cuando razona que: *"(…)Aquí seguiremos lo ya dicho por esta Sala en el procedimiento Ordinario 120/2.018, Sentencia nº 326/2.018, de 18 de octubre de 2.018, fundamento de derecho Tercero, "La Sala estima que en este caso concreto la retroacción de actuaciones no determina la vulneración de los principio de un tratamiento igualitario y no discriminatorio (art. 21 de la Ley Foral 6/2006). Así, el art. 52.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos establece que: "En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración". En este contrato, como pone de relieve el Tribunal Administrativo de Contratos, la Mesa de Contratación no ha aplicado correctamente las puntuaciones en cada uno de los criterios de adjudicación (…) La retroacción de actuaciones para que la Mesa de Contratación otorgue la puntuación correcta según las cláusulas del Pliego no puede poner en riesgo en este caso que la valoración de las ofertas técnicas se pueda ver mediatizada por la proposición económica de las dos licitadoras porque se trata únicamente de ajustar las puntuaciones otorgadas al Pliego de Condiciones sin ningún margen de discrecionalidad por parte de la Mesa de Contratación que pueda verse influida de algún modo por el conocimiento de la oferta económica. Siendo esto así, no es conforme a Derecho la declaración que contiene el Acuerdo recurrido respecto a la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento, siendo posible la retroacción de actuaciones como solicita la parte demandante."*

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. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por "PYRAMIDE ASESORES, S.L.", actuando en nombre y representación de "AUTOCARES FÉLIX GASTÓN, S.L.", frente a la adjudicación del contrato de servicios "*Transporte por autobús dentro de la Campaña Escolar de Esquí de Fondo*", por parte de "NAVARRA DE INFRAESTRUCTURAS DE CULTURA, DEPORTE Y OCIO, S.L."; disponiendo su anulación con retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la propuesta de adjudicación, a los efectos de que la Mesa de Contratación aplique adecuadamente los criterios de adjudicación relativos a la propuesta de disponibilidad de vehículo con dotación de equipos para emergencias y de plazo de sustitución de un vehículo averiado.

2º. Notificar este acuerdo a "PYRAMIDE ASESORES, S.L.", a "NAVARRA DE INFRAESTRUCTURAS DE CULTURA, DEPORTE Y OCIO, S.L.", así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos 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, 22 de marzo de 2019. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.