**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

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

Expediente: 41/2019

ACUERDO 64/2019, de 23 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don J. I. B. P., actuando en representación del sindicato "Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB)", frente al "*Pliego regulador para la contratación de las obras de la primera fase de la obra de urbanización del proyecto de urbanización de Junta de Compensación de P.S.I.S. del área turístico, hotelera, deportiva y residencial del entorno de Palacio de Arozteguía de Baztan*".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de abril de 2019 la Junta de Compensación del área turístico, hotelera, deportiva y residencial del PSIS Arozteguia publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación y el "*Pliego regulador para la contratación de las obras de de la primera fase de la obra de urbanización del proyecto de urbanización de Junta de Compensación de P.S.I.S. del área turístico, hotelera, deportiva y residencial del entorno de Palacio de Arozteguía de Baztan*".

SEGUNDO.- El día 29 de abril de 2019 don J. I. B. P., actuando en representación del sindicato "Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB)", formula reclamación especial en materia de contratación pública frente al citado Pliego regulador, significando que en él, si bien se hace mención a que se valorará con 10 puntos la inserción sociolaboral de personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción y formación de los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante, no se señalan cuáles son los criterios de adjudicación en la valoración de los criterios sociales, concurriendo causa de ilegalidad por incumplimiento de los artículos

2.3 y 64.6 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. Por ello, solicita la anulación del Pliego.

TERCERO.- El día 29 de abril de 2019 el Presidente de la Junta de Compensación del P.S.I.S. del área turístico, hotelera, deportiva y residencial del entorno de Palacio de Arozteguía de Baztán comparece y formula sus alegaciones a la reclamación, significando que el artículo 2.3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP) establece como un principio de la contratación pública la incorporación de manera transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato y que, para materializar dicho principio de manera efectiva, la norma establece que los contratos públicos deberán incluir de manera preceptiva criterios de adjudicación, así como requerimientos de ejecución de carácter social o medioambiental.

Pues bien, afirma, *"eso es exactamente lo que recoge el Pliego regulador, valorando en diez puntos sobre cien: la inserción sociolaboral de personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción y formación de los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante. Por tanto se cumple en el Pliego regulador lo exigido por el marco legal en materia de contratación y será en el proceso de valoración de las ofertas que se presenten en el que se justificará detalladamente la concreta valoración que en cuanto a este apartado se confiera a cada licitador dentro de ese máximo de 10 puntos ponderando "1/ la inserción sociolaboral de personas con discapacidad; 2/ o en situación o riesgo de exclusión social; 3/ la subcontratación con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción y formación de los trabajadores de la prestación; 4/ u otros de carácter semejante"*.

También señala que el artículo 64.6 de la LFCP, que el reclamante también considera infringido, establece que los criterios de adjudicación de carácter social deberán tener una ponderación de la menos el 10 % del total de puntos y que basta leer el Pliego (apartado "c" de la cláusula novena) para comprobar que los puntos que se

asignan suponen el 10 por ciento del total de puntos, cumpliendo además con el resto de los criterios de adjudicación establecidos en el artículo 64.

Por ello, solicita la desestimación de la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La adjudicación de contratos de obras por la Junta de Compensación del P.S.I.S. del área turístico, hotelera, deportiva y residencial del entorno de Palacio de Arozteguía de Baztán está sometida a la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), conforme a lo dispuesto en el artículo 5 letra d) de dicha norma y, en consecuencia, las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos de obras, pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 122.1 de la LFCP.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una organización sindical, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 122.1 y 123.1 de la LFCP, ya que la cuestión objeto de impugnación versa sobre la posibilidad de incumplimientos de obligaciones laborales respecto a los trabajadores que participen en la realización de la prestación y sobre aspectos que pudieran afectar a los intereses colectivos de los afiliados al sindicato.

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

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP, y el acto impugnado es uno de los actos susceptibles de reclamación conforme al artículo 122.2 de la misma norma.

QUINTO.- La cuestión que se plantea versa sobre la falta de concreción y ponderación en el pliego regulador de los criterios sociales de adjudicación, por lo que considera la parte reclamante que concurre causa de ilegalidad por incumplimiento de los artículos 2.3 y 64.6 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

El artículo 2.3 de la LFCP respecto a los criterios sociales dispone lo siguiente: *"3. 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."*

Debe tenerse en cuenta en primer lugar que la inclusión de criterios sociales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe, obviamente, respetar las condiciones y limitaciones que con carácter general se aplican a los criterios de adjudicación, recogidas en el artículo 64.1 LFCP

Los criterios de adjudicación tienen por objeto la determinación de la oferta más ventajosa, estableciendo al respecto el artículo 64 LFCP que 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 a) Estarán vinculados al objeto del contrato; b) Serán formulados de manera precisa y objetiva; c) Garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Por su parte, la Directiva 2014/24 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, con efecto directo desde el 18 de abril de 2016, señala

en su artículo 67: "*Criterios de adjudicación del contrato*", que: *"3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. 4. Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores. 5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios".*

Por su parte, en el Considerando 90 de la citada Directiva se 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".*

Por tanto, y como hemos manifestado en varios acuerdos, por todos, Acuerdo 38/2016, de 5 de julio, resulta claro que los criterios de adjudicación, además de ser objetivos en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de

los licitadores, deben además estar vinculados al objeto del contrato, es decir, tener vinculación con el mismo por referirse a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos o en cualquier etapa de su ciclo de vida.

En segundo lugar, los criterios escogidos por el órgano de contratación deben ser los más útiles para alcanzar el fin que se persigue. Y, por ello, un criterio de adjudicación, debiendo garantizar la posibilidad de competencia efectiva, debe ir acompañado de los requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores, pues en otro caso resultaría contrario a los principios de derecho comunitario en materia de contratación pública.

En tercer lugar, los criterios de adjudicación deben ser precisos y cuantificables, ya que los criterios genéricos, ambiguos o imprecisos constituyen una infracción de los principios de transparencia y publicidad, así como del de igualdad.

Por último, los criterios con arreglo a los cuales se deben valorar las ofertas, además de quedar determinados, deben estar publicados y darse a conocer con la antelación suficiente para que todas las personas potencialmente interesadas en contratar puedan conocerlos y formular sus ofertas a la vista de los mismos, tratándose de garantizar con ello la objetividad de la valoración, la igualdad de los ofertantes y que las ofertas presentadas se ajusten lo mejor posible a los intereses públicos perseguidos por la entidad contratante.

La LFCP diferencia entre dos tipos de criterios: criterios evaluables de forma automática, según la fórmula prevista en los PCAP, y criterios no evaluables de forma automática, que se aplican empleando un juicio de valor, que en ningún caso puede realizarse de modo arbitrario, sino conforme a las pautas establecidas previamente en los PCAP. Pero, en todo caso, los criterios que pueden aplicarse mediante fórmulas deben otorgar un mínimo del 50 por 100 de la puntuación de las ofertas. Por otra parte, procede añadir que no cabe confundir los criterios de adjudicación con las reglas de aplicación de los mismos, es decir cómo se va a llevar a cabo la valoración de las ofertas

conforme a los criterios elegidos: si se va a dar preponderancia a unos u a otros o se va a emplear una banda de valores.

Así, señala el Tribunal de Cuentas en su informe número 760, aprobado por el Pleno de 26 de abril de 2007, relativo a la fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en el ámbito de la Seguridad social durante los ejercicios 2004 y 2005, que algunas de las actuaciones seguidas en la valoración de las ofertas no han sido adecuadas y recomienda no solo motivar suficientemente en el expediente la elección, la ponderación y las fórmulas o métodos concretos de valoración de los criterios de adjudicación en función de las particularidades de cada contrato, sino que, además, en aras de la mayor transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación, *"se debería concretar en los Pliegos de manera suficiente y en la medida de lo posible, el contenido y el método de valoración del criterio técnico, más aún teniendo en cuenta que se trata del criterio que, por su propia naturaleza, reviste una mayor subjetividad; de esta forma se evitaría la existencia de un excesivo grado de discrecionalidad en la valoración posterior a realizar por la Mesa de Contratación"*. En esta misma línea se han pronunciado los Informes de la Cámaras de Cuentas de Andalucía de fiscalización de la Cuenta General, contratación administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial de 2008, aprobado en febrero de 2010, y el del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas correspondiente a la Cuenta de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi-2008, en los que se recuerda que los criterios objetivos han de estar contemplados en los pliegos de cláusulas de forma ponderada, al objeto de dotar de la máxima objetividad la selección en la oferta, y que sin embargo algunos pliegos analizados por los auditores encuentran ejemplos de criterios de adjudicación definidos de una forma genérica entrando a valorar criterios cualitativos sin que se establezcan normas concretas para su valoración, sin incluirse precisiones en cuanto al contenido de expresiones genéricas y su método de valoración. En otros casos, los criterios del PCAP carecen de los elementos de juicio necesarios que permitan su correcta aplicación en la fase de valoración de las ofertas, ya que no establecen baremo predeterminado en el que fundamentar la concesión de más o menos puntos a las empresas presentadas. Para evitar las situaciones descritas, se recomienda que los pliegos establezcan no solo los criterios de adjudicación, sino también las reglas de

valoración o normas relativas al procedimiento de aplicación a tales criterios y que éstas aparezcan tasadas, baremadas y puntuadas, de modo que se respete el legítimo derecho de los licitadores a conocer de antemano en qué medida la primacía de los criterios establecidos va a influir en la adjudicación.

Por tanto, resultando claro que una merma de la precisión y concreción en los PCAP de los criterios de adjudicación, que origine una mayor generalidad y ambigüedad, unida a una carencia de reglas de valoración, conlleva un mayor grado de subjetividad y discrecionalidad de los órganos de valoración, haciéndose entonces más difícil la motivación de la adjudicación, la cuestión que se impone es que la valoración técnica de las proposiciones no puede quedar desprovista de la necesaria cobertura jurídica que ha de proporcionar el PCAP en el cuál debe encontrar su fundamento como ley del contrato que vincula tanto a licitadores como al órgano de contratación.

SEXTO.- El actual artículo 2.1 LFCP establece que "*las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad, interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea. Igualmente actuarán de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia*".

En este sentido, debemos recordar la reiterada posición de este Tribunal (por todos el Acuerdo 14/2015, de 23 de febrero, que refiere el Acuerdo 5/2013, de 16 de mayo), que señala que: "*el principio de igualdad de trato de los operadores económicos y la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio se oponen, con las excepciones luego señaladas, a que en un procedimiento de licitación la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. El fundamento de lo dicho se encuentra en el Artículo 45, apartado 4, de la LFCP, cuando dispone que el PCAP establecerá la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación establecidos; en el artículo 58 de la misma norma, que establece que los servicios técnicos del órgano de contratación o la Mesa de Contratación procederán a la valoración de las ofertas*

*conforme a los criterios de adjudicación debidamente ponderados contenidos en el Pliego; y en el fundamental artículo 21 de la Ley Foral, que obliga a las entidades adjudicadoras a otorgar a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y a actuar con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria".*

Al respecto, esta jurisprudencia comunitaria tiene declarados de forma reiterada (por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, Alexandroupolis) los siguientes principios: "*a) Las Directivas imponen a las entidades adjudicadoras velar por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios. El principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia. b) Cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida. Esta disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos*".

Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

En este sentido, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1042/2018, de 16 de noviembre, nos recuerda que como exigencia derivada del principio de igualdad, los licitadores deben estar suficientemente orientados a la hora de realizar sus ofertas, lo que hace que los pliegos deban redactarse en términos que vinculen a los órganos de contratación en cuanto a los criterios de

adjudicación y a la ponderación que debe corresponder a cada uno de ellos, de forma que resulte suficientemente orientativa para los posibles licitadores a la hora de formular sus ofertas.

SÉPTIMO.- En el asunto que nos ocupa, el criterio de adjudicación impugnado por el sindicato es el siguiente (cláusula 9 del Pliego Regulador del Contrato):

*"d) Valoración de criterios sociales: 10 puntos.*

*Se valorará la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción y formación de los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante.*"

Por su parte, el artículo 64.6 de la LFCP dispone que "*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*".

En el caso que nos ocupa, la entidad adjudicadora se ha limitado a recoger varios de los enunciados que figuran en el artículo relativo a los criterios de adjudicación de carácter social, sin concretar los aspectos de carácter social relacionados con el objeto del contrato que van a ser objeto de valoración, en ese sentido no existe una concreción de los aspectos a valorar en este procedimiento.

Así mismo, no se establece ningún tipo de regla de ponderación de este criterio de adjudicación, lo que otorga a la entidad adjudicadora la total libertad para establecer las puntuaciones, lo supone una vulneración del derecho de los licitadores a presentar en pie de igualdad y sin discriminación sus ofertas, dado que no se no se han puesto en conocimiento de los licitadores las reglas ni los coeficientes de ponderación de la valoración de este criterio de adjudicación.

Además, se incluye directamente en el Pliego la posibilidad de valorar cualesquiera otros criterios sociales de carácter semejante, sin especificar cuáles y cómo van a ser valorados.

Tal y como hemos expuesto, los criterios de adjudicación deben estar suficientemente determinados en el pliego, de suerte que la valoración de las ofertas no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o de la comisión técnica que le asista adoptada con posterioridad a la apertura de las ofertas (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 102/2013, en adelante TACRC). Esa determinación cuya omisión constituye un requisito esencial puede determinar la nulidad de pleno derecho de los pliegos (Resolución 301/2011 del TACRC).

El grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, pudiendo ponderar o interpretar cuando el citado grado de concreción cumple con las exigencias de los principios de la contratación del sector público a la vista de la jurisprudencia que, sobre las Directivas de contratación en esta misma materia, emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Resolución TACRC 42/2017).

En relación con esta cuestión, la Resolución nº 301/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señaló lo siguiente: *"La cláusula 11º*

*del pliego de cláusulas administrativas particulares, referida a los criterios de adjudicación de las ofertas, señala respecto a los aspectos técnicos lo siguiente:*

*Aspectos Técnicos: 30 puntos*

*Valoración de las características Técnicas de las ofertas: 15 puntos*

*Valoración de los productos: 15 puntos"*

*La cuestión aquí suscitada es determinar si los criterios de adjudicación discutidos – aspectos técnicos-, se ajustan al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo).*

*Los criterios de adjudicación, al evaluar las ofertas, deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (STJCE de 4 de diciembre de 2003 [TJCE 2003, 403]). Debe recordarse que el principio de igualdad de trato de los participantes en una licitación, que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, significa, por una parte, que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora.*

*La previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como ha recordado Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores*

*De acuerdo con todo lo anterior, la valoración de los criterios objetivos de adjudicación – aspectos técnicos-, contenida en el expediente del contrato de suministro, de consumibles informáticos en distintos centro de la Corporación RTVE a nivel nacional, no puede ser admitida, porque la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento –por cuanto no se concretan las características técnicas de las ofertas ni los aspectos de los productos a valorar-, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 134 de la LCSP, es una infracción grave que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 de la LCSP, el de garantizar los*

*principios de "publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos". En el mismo sentido, el artículo 123 de la LCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que "los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia". Hay que declarar, a la vista de lo expuesto, que la ausencia de valoración de los criterios objetivos de adjudicación, en este procedimiento, afecta a los derechos de todos los licitadores y procede por tanto declarar su nulidad para que se expliciten en la cláusula 11º del pliego de cláusulas administrativas particulares, para los aspectos técnicos, las características que se utilizarán para valorar las ofertas de los licitadores."*

En el mismo sentido, la Resolución 92/2015 del TACRC dispone lo siguiente: *"De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios. En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas."…"Exigir que se ponderen todos y cada uno de los aspectos que se contienen en la descripción de cada criterio nos llevaría a un círculo vicioso pues cada subcriterio a su vez habrá de contener también su descripción, la cual contendrá a su*

*vez una relación de distintos aspectos que serán tenidos en cuenta y que deberían entonces ser objeto a su vez de ponderación. No cabe, por ello, establecer una regla general que exija siempre y en todo caso establecer la ponderación de todos y cada uno de los aspectos contenidos en cada criterio y subcriterio, sino que lo que ha de exigirse es que lo que va a ser objeto de valoración esté suficientemente concretado.*

En consecuencia, la definición de los criterios sociales contenida en la cláusula novena del Pliego regulador del contrato no se ajusta a lo determinado en el artículo 64 de la LFCP, al no concretar ni precisar los aspectos a valorar ni establecer la regla de ponderación, lo que puede comportar discriminación entre los licitadores; motivo por el cual, apreciándose una vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato, la misma se considera afectada de vicio de nulidad de pleno derecho, estimándose, con ello, el motivo de impugnación en tal sentido apreciado por este Tribunal.

Cumple indicar que la anulación de un criterio de adjudicación conlleva la de la propia licitación, tal y como pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia de 4 de 37 diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01, EVN and Wienstrom contra República de Austria): *"91. Ahora bien, de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que la cuarta cuestión se refiere a la hipótesis de que la declaración de la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación traiga como consecuencia su anulación. Debe pues entenderse en el sentido de que pregunta si la normativa comunitaria en materia de contratación pública obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación, y por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso. 92. Para responder a la cuestión así reformulada, procede señalar que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). 93. Por lo que atañe a los*

*propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. (…) 95. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso*".

En consecuencia, procede anular el pliego de las obras de la primera fase de la obra de urbanización del proyecto de urbanización de Junta de Compensación de P.S.I.S. del área turístico, hotelera, deportiva y residencial del entorno de Palacio de Arozteguía de Baztán, declarando la imposibilidad de continuar el procedimiento de adjudicación.

OCTAVO.- Sin perjuicio de lo ya expuesto, procede señalar que del examen de los pliegos se advierten varias infracciones legales que, a efectos didácticos, este Tribunal considera oportuno analizar, a fin de que no se repitan en una nueva licitación.

Así, en primer lugar, en relación con el procedimiento de adjudicación debe señalarse que esta licitación se anunció inicialmente en enero de este año, se impugnó por el mismo reclamante y por el mismo motivo (R 15/2019), pero fue luego cancelada por la Junta de Compensación, por lo que este Tribunal archivó la reclamación presentada (Acuerdo 40/2019).

Ahora se ha publicado nuevo anuncio de licitación, en el que se señala que el procedimiento a seguir es el "*Negociado sin convocatoria de licitación*" (en el primer anuncio era procedimiento abierto) pero lo cierto es que en el Pliego no se recoge trámite de negociación alguno, aunque se denomina literalmente "*Pliego procedimiento negociado…*" y en la cláusula 8ª, relativa a la presentación de proposiciones, se hace referencia al art. 78 LFCP, que es el que regula la presentación en el procedimiento negociado.

Parece que lo que ha ocurrido es que la Junta contratante, al cancelar la primera licitación, ha entendido aplicable al apartado 1.a) del art. 75 de la LFCP, que permite acudir al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación: "*Cuando, en un procedimiento abierto, restringido, no se haya presentado ninguna solicitud de participación o ninguna oferta adecuada…*), pero es evidente que el hecho habilitante no se da en este caso.

Además, tal y como se señala en el artículo 74.1 de la LFC*, "el procedimiento negociado es aquel en el que el órgano de contratación consulta y negocia las condiciones del contrato con una o varias empresas o profesionales y selecciona la oferta justificadamente"*.

Como hemos significado en diversos Acuerdos, entre otros Acuerdo 10/2013 y Acuerdo 10/2017, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (C- 337/1998), Comisión de las Comunidades Europeas contra 13 República Francesa, establece que "*las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato*...". Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011(C-401/09 P) Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai contra Banco Central Europeo.

A estos efectos, resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, en relación con los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, sin que pueda quedar fijada con carácter inalterable la oferta, a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones correspondientes a los abiertos y restringidos. Por ello deberá existir cuanto menos una ronda de negociación tras recibirse la primera proposición. En otro caso no puede entenderse que exista negociación y se estarán vulnerando las reglas fundamentales para la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado, incurriendo en nulidad de pleno derecho, al

omitirse un trámite esencial de este procedimiento, trámite que, reiteramos, sirve, precisamente, para diferenciar este procedimiento respecto de otros.

Pese a los errores en la denominación del procedimiento, lo cierto es que la licitación se regula en el Pliego como si de un procedimiento abierto se tratara, por lo que no procedería aplicar en este caso la doctrina referida a la nulidad del procedimiento negociado sin negociación.

En segundo lugar, en cuanto al plazo de presentación de las ofertas, inicialmente mediante anuncio publicado el día 17/04/2019, se fijó un plazo de 31 días naturales (18/04/2019 a las 00:01 al 27/05/2019 a las 23:30). Posteriormente, con fecha 2 de mayo de 2019 se redujo el plazo a 15 días naturales (del 18/04/2019 al 07/05/2019).

Este segundo plazo se ajusta a lo previsto por la norma (art. 94.1.a LFCP) para el procedimiento abierto, pero no cabe duda de que puede considerarse una modificación significativa del Pliego, lo que obliga a la apertura de un nuevo plazo de licitación completo tal y como se establece en el art. 46.3 LFCP, es decir, el plazo de 15 días naturales debería haberse iniciado el día 3 de mayo y haber finalizado el día 17 de mayo.

En tercer lugar, en cuanto al criterio de adjudicación mejoras, el Pliego dispone en su cláusula novena lo siguiente*: "- Mejoras: 10 puntos. Puntuación mínima 0, puntuación del resto, lineal entre ambos valores (0-10). Se presentarán las posibles mejoras y/o alternativas a las soluciones planteadas en el Proyecto, ya sean técnicas, económicas u organizativas. Estas se analizarán y se valorarán si son aceptables o no. La puntuación máxima se corresponde con las mejoras más favorables para la propiedad y relacionadas con la obra."*

El artículo 64.5 de la LFC regula las mejoras como criterio de adjudicación de la forma siguiente: *"5. Las mejoras, como criterio de adjudicación, se utilizarán con carácter excepcional y no podrán tener una ponderación superior al 10% del total de puntos. Se entenderán por mejoras, las prestaciones accesorias a las que figuraban*

*definidas en el proyecto o en las prescripciones técnicas, sin que puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones.*

*En todo caso, cuando los pliegos contemplen como criterio de adjudicación las mejoras, deberán establecer los aspectos a los que podrán referirse, los requisitos y su ponderación."*

Nuestro Tribunal en varios Acuerdos (entre otros muchos, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre) ya puso de manifiesto al respecto de los criterios de adjudicación que la discrecionalidad no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, y, en este sentido, en aquellos supuestos en que, como el que nos ocupa, las mejoras se configuren como criterio de valoración, resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse las mismas por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas. Estas exigencias derivan de la necesidad de que los licitadores concurran en condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones propias del contrato a ejecutar; lo que exige que el Pliego identifique la prestación en todos sus elementos, indicando si se admite la presentación de variantes o mejoras y, en caso de ser así, sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admisibles.

Así pues, las mejoras deben de guardar relación directa con el objeto del contrato y deberán estar suficientemente definidas en los pliegos y perfectamente determinado el modo de cuantificarlas a efectos de que los licitadores puedan conocer en el momento de elaborar sus ofertas cómo van a ser baremadas, pues de lo contrario la discrecionalidad sería exorbitante.

Como señalamos en nuestro Acuerdo 6/2013, de 16 de mayo, *"la cuestión que centra el debate consiste en determinar si el criterio de adjudicación "Mejoras" ha sido correctamente utilizado. No entraremos a valorar las manifestaciones de la reclamante acerca de que las mejoras valoradas son tareas y actividades incluidas dentro de la prestación normal del contrato y de lo que se entiende por servicio de mantenimiento de jardines y que en cuanto a la labor de aireado anual, que se realiza*

*mediante la labor de "pinchado", el propio Pliego de Prescripciones Técnicas, en su epígrafe IV, exige que las licitadoras cuenten con la maquinaria precisa para esta práctica. Si bien queremos puntualizar que el epígrafe citado se refiere exclusivamente a la cancha de prácticas de golf. Y decimos que no entraremos a valorar dichos temas porque compartimos la opinión de la entidad contratante al defender que lo evaluado con criterios técnicos no se puede corregir por este Tribunal aplicando criterios jurídicos pues a los criterios de adjudicación sometidos a un juicio de valor les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada "discrecionalidad técnica" del órgano de contratación. Ahora bien, la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, y, en este sentido, resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas. La previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues, como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Por ello, sí es competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al ejecutarla. Así lo ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 80/2012, de 30 de marzo, citada por la entidad contratante en sus alegaciones. Sobre si la valoración realizada por la Mesa de contratación de las ofertas de las licitadoras fue correcta en el criterio denominado "Mejoras u otros servicios, que puedan interesar a la Universidad, referentes al mantenimiento objeto del contrato", deben hacerse varias consideraciones. El PCAP se limita a atribuir 15 puntos al apartado "Mejoras u otros servicios, que puedan interesar a la Universidad, referentes al mantenimiento objeto del contrato" sin determinar nada más en relación con los requisitos que deben reunir para ser*

*admisibles, ni la valoración que debe atribuirse individualizadamente a cada una de ellas, ni en función de qué parámetros se haya de otorgar la puntuación a cada una de ellas. Ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación, al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración del criterio. Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas por los licitadores y la determinación del valor atribuible a cada una de ellas queda al arbitrio del órgano de contratación sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las mejoras ofertadas, referidas al mantenimiento objeto del contrato, "puedan interesar a la Universidad", concepto indeterminado que sólo puede conocer la propia Universidad y que por ello escapa totalmente al conocimiento de los licitadores a la hora de preparar sus ofertas. En tales términos es evidente que, en la aplicación de este criterio de valoración, no queda garantizada la necesaria igualdad ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas presentadas. En consecuencia, debemos plantearnos la cuestión de si tal cláusula es de aplicación obligatoria a pesar de todo o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta. A este respecto es preciso recordar que, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, los pliegos que rigen la licitación y ejecución de los contratos constituyen la ley de los mismos. Ello significa, en principio, que de no haber sido impugnados en tiempo y forma y declaradas nulas algunas de sus cláusulas deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto en todo momento las que sean nulas de pleno derecho. Como consecuencia de ello, y puesto que el pliego de cláusulas administrativas particulares que analizamos no ha sido impugnado, tal y como recuerda la entidad recurrida, ni se ha declarado, por tanto, la nulidad de ninguna de sus cláusulas deberíamos entender que, en principio, es de plena aplicación lo que supondría tomar en consideración también la cláusula referente a las mejoras y a su valoración. Ahora bien, pese a ello, debemos considerar que si no se han establecido previamente los criterios a aplicar para la valoración de las mejoras, el pliego adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez. Así las cosas, es indudable que, como tal y como ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones (entre otras la 5/2012, de 5 de enero y la 69/2012, de 21 de marzo), "la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de*

*igualdad que debe ser conocida por este Tribunal sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras, afirmación esta última que no puede entenderse como una contradicción de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con la impugnación de los pliegos pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho. Y no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio. En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos "que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional", entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley. Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta". Todo ello nos lleva a considerar que el criterio de "mejoras" ha incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación exigidos por la normativa comunitaria y recogidos en el artículo 21 de la LFCP."*

En este caso, la indefinición del criterio de adjudicación "mejoras", al no contemplar en el pliego los aspectos o prestaciones objeto de valoración, ni los requisitos y ponderación de las mejoras, conlleva la imposibilidad de que los licitadores razonablemente informados conozcan qué mejoras son admisibles y cuál será su valoración, por lo que infringe los principios de igualdad de trato y no discriminación previstos en el artículo 2 de la LFC y resulta nulo de pleno derecho.

Finalmente, respecto a la valoración de la oferta económica, el Pliego establece la siguiente redacción:

*"b) Valoración de la oferta económica: 50 puntos.*

*Se otorgará la máxima puntuación (50 puntos) al licitador que presente la oferta que se ajuste al precio de licitación. Al resto de las ofertas se les otorgará la puntuación de forma proporcional al incremento sobre el precio de licitación."*

Se advierte que la forma de puntuación otorga la máxima calificación a la oferta económica que se ajusta al precio de licitación y al resto de las ofertas que superan el precio de licitación se les otorga puntuación de forma proporcional al incremento del precio de licitación, lo que significa que se admiten y pueden resultar adjudicatarias ofertas que supere el presupuesto de licitación, lo que contraviene la legalidad, dado que el presupuesto de licitación es el valor de mercado y el techo por el que se puede realizar la licitación.

Hay que tener en cuenta que, tal y como se exige en el artículo 43.5 de la LFC, *"los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados"*.

Además, este criterio de adjudicación no otorga una puntuación superior a una oferta menor al presupuesto de licitación que a la que iguala el presupuesto, por lo que vulnera el artículo 2.1 de la LFCP al no actuar la entidad contratante de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia. En consecuencia, este criterio incurre en nulidad de pleno derecho.

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 la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don J. I. B. P., en representación del sindicato "Langile Abertzaleen Batzordeak

(LAB)", frente al "*Pliego regulador para la contratación de las obras de de la primera fase de la obra de urbanización del proyecto de urbanización de Junta de Compensación de P.S.I.S. del área turístico, hotelera, deportiva y residencial del entorno de Palacio de Arozteguía de Baztan*", anulando dicho Pliego y declararando la imposibilidad de continuar el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este Acuerdo a don J. I. B. P., en representación del sindicato "Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB)", y a la Junta de Compensación del área turístico, hotelera, deportiva y residencial del PSIS de Arozteguía de Baztan 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, 23 de julio de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.