



Expediente: 73/2021

ACUERDO 90/2021, de 3 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ANDUEZA Y GOMEZ, S.L.P., en nombre y representación de don F. M. H. M. G., frente a las actas de la Mesa de Contratación de 25 y 28 de junio de 2021, y frente a la Resolución del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ayegui, de 5 de julio del mismo año, por la que se adjudica el contrato “*Gestión y explotación del Bar Restaurante del Edificio Social San Cipriano 2021*” a doña M. M. F. S. y a don J. Z. L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de junio de 2021 el Ayuntamiento de Ayegui publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*Gestión y explotación del Bar Restaurante del Edificio Social San Cipriano 2021*”.

A dicho contrato concurrieron los siguientes licitadores:

- Don F. M. H. M. G.
- Doña Y. D. T. (en su representación, don J. A. L.)
- Doña M. M. F. S. y don J. Z. L., conjuntamente

SEGUNDO.- El 25 de junio la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre nº 1 (Documentación personal y administrativa), concluyendo que todos los licitadores cumplían con los requisitos establecidos en el pliego, y a la apertura del sobre nº 2 (Documentación relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas), atribuyendo las siguientes puntuaciones:

- Don F. M. H. M. G.: 30,8 puntos
- Don J. A. L.: 28,4 puntos
- Doña M. M. F. S.: 69,4 puntos

El 28 de junio la Mesa de Contratación abrió el sobre nº 3 (Modelo de oferta cuantificable mediante fórmulas), atribuyendo las siguientes puntuaciones:

- Don F. M. H. M. G.: 0 puntos
- Don J. A. L.: 20 puntos
- Doña M. M. F. S.: 10,89 puntos

Las puntuaciones totales atribuidas a los licitadores fueron las siguientes:

- Don F. M. H. M. G.: 30,8 puntos
- Don J. A. L.: 48,4 puntos
- Doña M. M. F. S.: 80,29 puntos

TERCERO.- Por resolución del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ayegui, de 5 de julio, se adjudicó el contrato a doña M. M. F. S. y a don J. Z. L.

Asimismo, el 6 de julio, el Secretario de la Mesa de Contratación emitió un informe relativo al procedimiento de adjudicación tramitado.

CUARTO.- Con fecha 12 de julio ANDUEZA Y GOMEZ, S.L.P. interpuso, en nombre y representación de don F. M. H. M. G., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a las actas de la Mesa de Contratación y frente a la resolución por la que se adjudica el contrato, alegando lo siguiente:

1ª. Infracción de las normas y principios de transparencia y publicidad (artículos 2 y 97 de la LFCP) e infracción del pliego de cláusulas administrativas.

Alega que *“Como se puede apreciar en las actas e informe, la apertura de los sobres 1 y 2 y, en consecuencia, la evaluación de los criterios técnicos, se hizo el*

viernes 25 a las 12:30 horas, en tanto que la apertura del sobre 3, se hizo el lunes 28 a las 12:00 hs.. Esto es: con dos días festivos de por medio y contraviniendo tanto lo previsto en la LF 2/2018 como el propio Pliego de Contratación, puesto que era materialmente imposible la publicación de la apertura pública del sobre 3 con la antelación suficiente exigida por la Ley (3 días naturales previos, comenzando el plazo a las 00:00 horas del día 26, el primero siguiente al de apertura de los sobres 1 y 2, por lo que la apertura pública del sobre 3 no podía ser antes de las 00:00 hs del día 29), así como para que los interesados pudieran acudir a la apertura pública de ese sobre 3.

Por tanto, se han infringido los principios de transparencia y publicidad del artículo 2 de la LF 2/2018 de Contratos Públicos, incurriendo en causa de nulidad”.

2ª. Infracción del artículo 96 de la LFCP y de la cláusula 11 del pliego, que afecta al principio de transparencia del artículo 2 de la LFCP.

Alega que “llama la atención cómo en el acta de apertura del sobre 1, se hace constar la objeción a la justificación de la solvencia económica de un licitador (J. A. L.), pero ni se le concede plazo de subsanación ni tampoco se le excluye, sino que se le admite permitiéndole que la subsanación pudiera hacerse con posterioridad a la puntuación final en caso de que ganase.

Además, no se describe cuál es la objeción encontrada y el por qué se le permite a él tal subsanación posterior.

Por tanto, se está infringiendo tanto la Ley Foral como el propio pliego de contratación.

Y en la medida en que no se expone ni motiva la razón de tal permisión contraria a la legalidad, se infringe el principio de transparencia del artículo 2 de la LF 2/2018”.

3ª. Falta de motivación. Infracción del principio de transparencia del artículo 2 de la LFCP, por infracción del artículo 88 de la misma ley foral y de la cláusula 11 del pliego. Infracción del artículo 100.3 de la LFCP. Indefensión.

Alega que *“respecto a la apertura del sobre 2, el acta se limita a recoger las puntuaciones globales, pero sin desglose alguno de cada apartado; y sin ofrecer motivación alguna sobre las mismas, adoleciendo, por tanto, de toda motivación al respecto. Debe tenerse en cuenta que son varios los criterios cualitativos establecidos (página 14 del condicionado) y, sin embargo, nada se recoge sobre los elementos de valoración, materiales, propuestas, criterios de valoración, ...”*.

Con cita de la Resolución 156/2015, de 30 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, concluye que *“en el Informe del Secretario de la Mesa de 6 de julio (posterior a la apertura de todos los sobres) aunque se recoge desglose de puntuaciones por elementos o criterios (lo cual no se recogió en el acta de 25 de junio), sigue sin recoger motivación alguna. Tampoco se recoge motivación alguna en la Resolución de Alcaldía de adjudicación”*.

4ª. Infracción de los principios de transparencia (por falta de motivación), igualdad de trato y proporcionalidad del artículo 2 de la LFCP, en cuanto a la inclusión de la documentación relativa a inversiones valoradas en un sobre u otro.

Alega que la oferta económica que realizó se presentó en el sobre nº 3 y se refería a la realización de inversiones en equipos por un valor total de 27.200 euros, así como que, como se aprecia en las actas, se le ha puntuado con 0 puntos en el sobre nº 2 por no contener Plan de Inversiones, y también con 0 puntos en el sobre nº 3 por no contener oferta económica con canon.

Señala que la cláusula 12 del pliego recoge los criterios a valorar, así como que la documentación correspondiente al primero (Plan de dinamización) y al último (Criterios sociales) debía aportarse en el sobre 1 (debe entenderse que se refiere al sobre 2). Asimismo, señala que en el sobre 3 debía incluirse *“la oferta económica y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas”*.

Y, en la cláusula 12 se dice que *“En el apartado <Plan de inversiones a realizar>, se deberán describir las obras a realizar, con una valoración aproximada de las mismas”,* pero que *“lo que no se dice en ningún punto del condicionado es que la documentación relativa a las inversiones valoradas económicamente, deba ir en el sobre nº 2”*.

Alega que *“si el condicionado no ha sido claro respecto al sobre en el que debe incluirse la documentación de inversiones con valoración, tal falta de claridad no puede perjudicar al licitador”,* así como que *“puesto que el condicionado exige que el Plan de Inversiones esté valorado y, además, es el apartado con más puntuación, no parece muy lógico que tuviera que haberse incluido el documento con valoración económica más importante de la licitación, en el sobre nº 2”,* lo cual supondría, según señala, una vulneración del principio de transparencia y objetividad.

Alega, asimismo, que *“El órgano de contratación no ha motivado por ningún lado la razón de tal puntuación a 0, toda vez que tal puntuación solo correspondería si no se hubiese aportado oferta alguna, pero, comprobada tal aportación, el Ayuntamiento debió ponderar si su valoración afectaba a los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad”*.

Asimismo, se cuestiona la falta de subsanación respecto a la ausencia en el sobre 2 del plan de inversión, y concluye que *“puntuar la propuesta económica del suscriptor con 0 puntos tanto en el capítulo de inversiones como en el de oferta económica, y sin motivación alguna al respecto, contraviene los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación y de proporcionalidad del art. 2 LF/2018”*.

5ª. Motivo de nulidad de pleno derecho: la fórmula de valoración de la oferta económica recogida en el pliego infringe los principios de igualdad de trato y no discriminación del artículo 2 de la LFCP. Nulidad de la licitación.

Alega que el pliego recoge una fórmula que, en realidad, favorece a quienes presentan ofertas desfavorables para el contratante, manifestando lo siguiente:

“Vemos en el acta que se parte de atribuir a J. A. L. el máximo de 20 puntos por ser la opción económica más ventajosa para el Ayuntamiento (2.200,00 €) y, a partir de ahí, se aplica la fórmula únicamente a la opción de M. M. F. S. (2.020,20 €), arrojando ésta 10,89 puntos:

$$(2.200,00 \times 10 = 22.000) / 2.020,20 = 10,89 \text{ puntos}$$

Ahora bien: Si aplicamos la misma fórmula a la propia opción más ventajosa (J. A.), no salen los 20 puntos que se le adjudican sino solo 10:

$$(2.200,00 \times 10 = 22.000) / 2.200,00 = 10 \text{ puntos}$$

Pero, si, por ejemplo, al suscribiente se le hubiera dividido su descartada oferta económica global (27.000,00 €) entre cuatro años, a razón de 6.750,00 € al año, la fórmula le daría el peor resultado de todos:

$$(2.200,00 \times 10 = 22.000) / 6.750,00 = 3,26 \text{ puntos}$$

Como vemos, el resultado carece de toda lógica, puesto que, si la fórmula se aplica a la oferta económica, entendida ésta como aquella que supone un mayor beneficio para el Ayuntamiento (tanto por vía de un canon mínimo, como por una mayor cuantía de inversiones), es del todo ilógico y absurdo, que la fórmula otorgue mayor puntuación a quién menos canon pague o a quién menos inversiones realice a favor del Ayuntamiento. En consecuencia, en nuestro caso la condición económica del Pliego de Contratación es absolutamente contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación y, por ende, nula de pleno derecho. Por no hablar de que es totalmente contraria al interés público”.

Asimismo, alega que *“Respecto a la posibilidad de declarar la nulidad sin haber impugnado previamente el condicionado, no solo no hay ningún impedimento, dado que*

estamos ante un vicio de nulidad de pleno derecho, sino que, por esto mismo, es una obligación para el Tribunal, que debe hacerlo de oficio”, conforme al artículo 127.2 de la LFCP.

Atendiendo a lo expuesto, solicita que se resuelva que la decisión de puntuar con 0 puntos su oferta económica es contraria a la ley y se anule el criterio económico de adjudicación valorable mediante fórmula, debiéndose convocar un nuevo procedimiento de licitación.

QUINTO.- Con fecha 13 de julio el órgano de contratación aportó el expediente del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP, y el 14 de julio presentó un escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

1ª. Que en el informe del Secretario de la Mesa de Contratación se recoge que pudo darse un error a la hora de subir la fecha y horario de la apertura pública del sobre 3, pero que esto no puede ser motivo para declarar nulo de pleno derecho todo el procedimiento, cuando todo lo demás se ha realizado de forma correcta y legal.

2ª. Que el reclamante no presentó la oferta económica en el sobre 3, donde sí puso un plan de inversiones a realizar, con una valoración total de 27.200 euros, algo que debió hacer en el sobre 2, como sí hicieron los otros dos licitadores, ya que sólo la oferta económica del canon era la que se cuantificaba mediante fórmulas. Señala, asimismo, que tampoco presentó la correspondiente documentación y la oferta económica conforme a los modelos de los anexos I, II y III.

3ª. Que la oferta económica se valoró conforme a la fórmula recogida en los pliegos y que, independientemente de la fórmula que se utilizara, el reclamante hubiera obtenido 0 puntos, ya que no introdujo una oferta económica en el sobre 3 que se pudiera cuantificar mediante fórmulas.

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

SEXTO.- El 15 de julio se dio traslado de la reclamación a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que perjudiquen las expectativas de los licitadores y los actos de adjudicación.

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

TERCERO.- 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.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo y legítimo, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, pues se trata de uno de los participantes en el procedimiento de licitación.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación la Resolución dictada por la Alcaldía del Ayuntamiento de Ayegui con fecha 5 de julio de 2021, en cuya virtud se resuelve la adjudicación del contrato “Gestión y explotación del Bar Restaurante del Edificio Social San Cipriano 2021”, como pretensión, de un lado, la anulación de la decisión de puntuar con cero puntos la oferta de la reclamante y, de otro, la declaración de nulidad de pleno derecho del criterio económico de adjudicación mediante fórmulas y, por tanto, del proceso de licitación; pretensiones que fundamenta

en diversas alegaciones expuestas en los Antecedentes de Hecho a los que, en aras de evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos.

Con carácter preliminar, debemos realizar una precisión en relación con el motivo alegado referido a la infracción del principio de transparencia derivado de la decisión de que la subsanación del defecto en la documentación correspondiente a la solvencia del licitador que ha quedado como segundo clasificado quedase diferido a un momento posterior del procedimiento a aquél en que tuvo lugar la apertura del Sobre 1 de las distintas proposiciones. Precisión que viene motivada por la circunstancia de que si bien aduce la infracción de tal principio no concreta pretensión alguna al respecto, unida al hecho de que siendo el reclamante el tercer clasificado lo cierto es que una eventual exclusión del citado licitador, que reiteramos tampoco postula, no reportaría beneficio alguno al reclamante, pues seguiría sin ser adjudicatario del contrato; circunstancia que nos obliga a analizar la concurrencia de legitimación activa en lo que a este concreto motivo de impugnación se refiere.

Pues bien, tal y como indicamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 79/2019, de 11 de octubre, lo relevante a efectos de que exista esta legitimación es que exista un interés directo o indirecto con el resultado de la reclamación especial, de manera que la actuación impugnada pueda repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y no simplemente de forma hipotética o previsible, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; resultando así que el primer interés que se puede reconocer a quien interpone un reclamación de este tipo, se encuentra en resultar adjudicatario del contrato, si bien no el único, aunque también en estos supuestos relativos a un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la defensa de la legalidad. Apuntamos también que el interés de quien reclama para ser legítimo ha de estar conectado con el objeto del proceso, pues la legitimación no es genérica sino concreta, y la legitimatio ad causam conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 14 octubre de 2003), de modo que ha de ser de la estimación de la pretensión de la que derive la ventaja inmediata, real y efectiva, que permite calificar el interés como legítimo.

Siendo esto así, el reclamante carece de legitimación para impugnar la decisión adoptada en relación con la subsanación de la solvencia técnica del segundo de los clasificados pues lo cierto es que una eventual estimación de dicho motivo no le permitiría ser adjudicatario del contrato. Todo ello sin perjuicio, obviamente, de lo que pudiera resultar del pronunciamiento relativo a las pretensiones deducidas en el escrito de interposición referidas a la legalidad de la valoración otorgada a su oferta y a la nulidad del procedimiento de adjudicación.

Delimitado en tales términos el objeto del procedimiento, debemos comenzar por analizar la cuestión relativa a la legalidad de la puntuación otorgada a la oferta económica del reclamante que éste fundamenta en distintos motivos, a saber, la falta de claridad del pliego respecto al Sobre de la proposición en que debía incluirse la documentación relativa al criterio de adjudicación “Plan de inversiones a realizar”, ausencia de motivación de la puntuación otorgada en dicho criterio y en el correspondiente a la oferta económica, así como que debió concedérsele la posibilidad de subsanar la falta de inclusión en el Sobre 2 del plan de inversión.

Como punto de partida debemos señalar que el informe emitido por el Secretario de la Mesa de Contratación con fecha 6 de julio de 2021 recoge las razones por las que se han asignado cero puntos a la oferta de la reclamante en los criterios de adjudicación citados; y lo hace en los siguientes términos: *“en los apartados de "Plan de inversiones a realizar" y "Plazo de ejecución de las inversiones", D. F. M. H. M. G., no presentó ninguna propuesta, por lo tanto, los cinco componentes de la Mesa de Contratación los valoraron con 0 puntos”*, señalando, igualmente, que *“Los cinco componentes de la Mesa de Contratación acuerdan valorar con 0 puntos la propuesta presentada por F. M. H. M. G., porque no presenta una propuesta económica que iguale o mejore el canon establecido en los pliegos de contratación e incluye en el sobre 3, el Plan de inversiones a realizar durante los cuatro años de contratación, con una valoración total de las inversiones, que debió incluirlo en el sobre 2”*.

Así pues, las razones de tal puntuación no son otras que el hecho de haber presentado el plan de inversiones en el sobre 3, y entendiendo la Mesa de Contratación

que debía formar parte del sobre 2 consideró que no había realizado oferta alguna sobre este extremo y le atribuyó cero puntos; asignándose también la misma puntuación en el criterio relativo al canon a satisfacer al Ayuntamiento, por no haber presentado una oferta igual o mejor al canon previsto en el pliego.

Sentado lo anterior, el artículo 53.1 de la LFCP determina que *“Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”*; previsión legal que impone acudir a lo dispuesto en el pliego regulador del contrato en relación con la presentación de proposiciones por los licitadores. Análisis que debemos efectuar en el marco de la reiterada doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez que adquieren firmeza y su carácter vinculante para los licitadores desde el momento de presentación de las ofertas y aceptación incondicionada de sus cláusulas. En este procedimiento los pliegos no han sido impugnados por ninguna licitadora; deviniendo firmes y consentidos y siendo, por tanto, vinculantes en cuanto a su contenido tanto para la entidad contratante como para las personas licitadoras que participan en el mismo.

Así, la cláusula 9.2 del pliego relativa a *“Forma y contenido de las proposiciones”*, indica que la oferta deberá realizarse en tres sobres: Sobre número 1 *“Documentación administrativa”*; Sobre número 2 *“Documentación relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas. Proposición técnica”*; y Sobre número 3 *“Documentación relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas”*.

En lo que ahora interesa, respecto al contenido de los sobres 2 y 3 se señala lo siguiente: *“Sobre número 2 "Documentación relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas". Proposición técnica.*

Incluirá toda la documentación que aporte el licitador para que se valore y puntúen los criterios de adjudicación recogidos en el presente pliego que dependen de un juicio de valor. Por razones de eficacia en la documentación técnica, ésta deberá ser clara, adecuada y específica al contrato con el detalle y coherencia, y no podrán introducirse catálogos presentaciones de empresa ni otros documentos innecesarios.

En concreto, deberá contener los siguientes documentos:

1.-Memoria explicativa de la dinamización del bar restaurante del Edificio Social San Cipriano.

Para este apartado se admitirá un máximo de 15 páginas.

2.-Aspectos medioambientales y sociales de la oferta:

En este apartado se detallarán los aspectos de la oferta que puedan ser valorados atendiendo a lo dispuesto en el presente pliego como criterios sociales y medioambientales. En concreto, se aludirá a los siguientes extremos:

En su caso, compromiso de realización de, al menos, 8,00 horas de acciones de sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad y conciliación reconocidos en la normativa vigente y convenio correspondiente.

En su caso, compromisos asumidos en cuanto a la reutilización y reciclaje de los productos utilizados, y el correcto tratamiento de residuos con la participación de gestores autorizados.

No se podrá incluir en este sobre referencia alguna de la oferta económica o criterios cuantificables mediante fórmulas.

Sobre número 3. "Documentación relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas".

En este sobre se incluirá por el licitador la oferta económica y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas. En concreto, además de la oferta económica se valorará el porcentaje respecto del precio de adjudicación que se subcontratará con Centros Especiales de Empleo y/o Empresas de Inserción.

NOTA: En cumplimiento del artículo 53 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, la oferta económica se introducirá únicamente en el sobre nº 3, que se mantendrán en secreto hasta el momento de su apertura pública. En caso de incumplimiento de esta norma, la empresa licitadora quedará excluida del correspondiente lote.

La propuesta se hará de acuerdo con el modelo incluido en el Anexo III.

No serán admitidas aquellas proposiciones cuyo importe no alcance el presupuesto de licitación aprobado. Se utilizarán como máximo dos decimales. Respecto de las cantidades recogidas en la oferta prevalecerán las cantidades expresadas en letra respecto de las expresadas en cifras.

La proposición deberá estar firmada por el licitador o persona que lo represente. En el caso de licitadores en participación conjunta irá firmada por todos y cada uno de sus componentes o por su representante.”

Por su parte, la cláusula 12, en relación con los criterios de adjudicación, establece que *“Para la selección del adjudicatario se valorarán las proposiciones de la siguiente forma:*

- a) Plan de dinamización del bar restaurante.....20 puntos*
- b) Disponibilidad horaria del adjudicatario10 puntos*
- c) Plan de inversiones a realizar.....40 puntos*
- d) Plazo de ejecución de las inversiones5 puntos*
- e) Oferta económica (canon).....20 puntos*
- f) Criterios sociales.....5 puntos*

En el apartado "Disponibilidad horaria del adjudicatario" se atenderá al máximo normativamente establecido, sin perjuicio de puntuar la disponibilidad para los casos en que reglamentariamente se faculta al Ayuntamiento para la ampliación de dichos máximos.

En el apartado "Plan de inversiones a realizar", se deberán describir las obras a realizar, con una valoración aproximada de las mismas.

En el apartado "Plazo de ejecución de las inversiones", se puntuará con cinco puntos las inversiones a realizar en los dos primeros años. En los dos años siguientes las inversiones no puntúan.

El Ayuntamiento de Ayegui-Aiegi podrá declarar desierta la contratación si ninguna de las proposiciones presentadas resultase conveniente para los fines de aquella.

2.- Criterios sociales: Hasta 5 puntos.

- Se valorará con hasta 5 puntos a los licitadores que se comprometan a subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato a través de Centros de Inserción Socio laboral y/o Centros Especiales de Empleo. Se asignará 1 punto al licitante que ofrezca la subcontratación en, al menos, un 5 por 100 del precio de adjudicación; 4 puntos al licitante que ofrezca subcontratación por, al menos, un 10

por 100 del precio de adjudicación; y 5 puntos al licitante que ofrezca subcontratar, al menos, un 15 por 100 del precio de adjudicación.

- Se valorará con hasta 5 puntos la incorporación por parte de las empresas concurrentes del compromiso de realización de al menos 8,00 horas de acciones de sensibilización y formación a la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad y de conciliación reconocidos en la normativa vigente y convenio correspondiente. La valoración se efectuará en función del número de horas dedicadas a la acción, contenido, programación y personal dedicado a la impartición.

3.- *Oferta económica: hasta 20 puntos.*

La valoración de las ofertas económicas se realizará aplicando la fórmula que se indica. Se utilizarán como máximo dos decimales.

$$\text{Puntuación Oferta X} = \frac{\text{Importe oferta más ventajosa} \times 10}{\text{Importe oferta X}}$$

Dos son las conclusiones que extraemos de las cláusulas del pliego anteriormente transcritas. En primer lugar, que yerra el reclamante al afirmar que la oferta económica es la referida al plan de inversiones, pues el pliego dispone expresamente, y de forma más que clara, que la oferta económica está constituida por el canon propuesto; ninguna otra interpretación resulta plausible cuando en los criterios se indica lo siguiente: “*Oferta económica (canon)*”.

Dicho lo anterior, examinada la oferta formulada por el reclamante que obra en los folios 54 a 62 del expediente administrativo remitido a este Tribunal se puede comprobar que en la proposición económica donde incluye el plan de inversiones ninguna referencia indica sobre el canon ofertado, y tampoco en ningún otro documento de su oferta; si bien, en el documento correspondiente a “proposición económica” (página 61 del expediente) se indica expresamente que la oferta económica para los 4 años de ejecución del contrato son 27.200 euros, que se pagarán mediante la aportación de distinto equipamiento que detalla en concepto de inversiones. Asistiendo, por tanto, razón a la entidad contratante en este concreto extremo y resultando, por ende, que la valoración de este aspecto con cero puntos resulta ajustada a la legalidad pues no sólo no oferta canon alguno en su proposición, siendo éste el aspecto objeto de valoración,

sino que formula una oferta económica en una suerte de pago en especie con las inversiones propuestas que el pliego no contempla.

La segunda conclusión es que, sin embargo, acierta el reclamante al señalar que el pliego no aclara en qué sobre debe presentarse la oferta relativa al plan de inversiones, pues se limita a señalar en su cláusula 9.2 que en el sobre 2 debe incluirse la memoria explicativa de la dinamización del bar restaurante y la oferta relativa a los aspectos medioambientales y sociales, sin contener referencia alguna al plan de inversiones; referencia que tampoco encontramos en la documentación a incluir en el sobre 3, pues conforme al pliego éste se conforma por la oferta económica (la relativa al canon, como se ha dicho) y la relativa al porcentaje de subcontratación con centros especiales de empleo y empresas de inserción. Tampoco tal laguna puede ser integrada a través de lo dispuesto en la cláusula 12 al regular los criterios de adjudicación, pues lo cierto es que no identifica qué criterios son valorables mediante fórmulas y cuáles mediante aplicación de juicios de valor.

Siendo esto así, no podemos sino concluir que el pliego es confuso en lo que al contenido de las proposiciones se refiere, concretamente en lo que respecta al Sobre de éstas donde debe incluirse el plan de inversiones. Veamos, a continuación, las consecuencias jurídicas que de ello derivan, pues lo cierto es que la valoración otorgada a la reclamante a este respecto trae causa, precisamente, de haber entendido el órgano de contratación que debía haber presentado el plan en el sobre 2 y no en el 3 como hizo.

Pues bien, este Tribunal ha señalado en anteriores ocasiones que la oscuridad o falta de claridad en los pliegos, como es el caso, nunca puede ser interpretada en perjuicio de los licitadores. Así, en nuestro Acuerdo 38/2021, de 15 de abril, de este Tribunal, razonamos que *“como señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Resolución 8/2016, de 22 de enero, “la finalidad de los Pliegos, en tanto lex contractus, es aportar certeza y seguridad sobre los elementos de la licitación, en especial, sobre el objeto, plazo, retribución, condiciones de presentación y adjudicación. Difícilmente puede cumplirse la finalidad de un procedimiento de licitación, caracterizado por la comparación de ofertas, si estos*

extremos no son claros. Y, por ello, la oscuridad o contradicción de las disposiciones de los Pliegos nunca puede ser interpretadas en perjuicio de los licitadores.

La contusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico, proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo). Además, la valoración de la documentación requerida, y los efectos que se derivan de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de exclusión (Acuerdo 8/2011).

Es oportuno recordar, como ya dijimos en nuestro Acuerdo 33/2012, que la carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección, son también responsabilidad de los mismos. Por ello, resulta desproporcionado y contrario a la equidad, que los poderes adjudicadores tengan la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones.

La jurisprudencia actual, frente a decisiones jurisprudenciales anteriores que otorgaban a la interpretación unilateral de la Administración el valor de una especie de interpretación «auténtica», ha destacado que la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad sólo debe perjudicar a la Administración que las redactó, en aplicación del artículo 1288 CC.

Con rotundidad se pronuncia en tal sentido la STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, según la cual «Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como

argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración)).

En el mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2001 afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las 8818 de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999.

En su consecuencia, la Administración no puede salvar la contradicción que pudiera existir entre las cláusulas del pliego mediante una interpretación que perjudique a quienes cumplieron con lo establecido en ellas”.

Dicho lo anterior, como apunta la reclamante, el artículo 1288 del Código Civil, establece que “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”. Precepto que viene a establecer como una de las reglas de interpretación de los contratos la conocida como “contra proferentem”, esto es, la más beneficiosa para el adherente; que como tal será de aplicación cuando admitiendo la cláusula de que se trate más de una interpretación posible, dicha ambigüedad no haya podido ser superada aplicando el resto de reglas o cánones de interpretación antes referidos; resultando así que tiene como presupuesto el carácter oscuro de la cláusula, lo que no concurre en el supuesto analizado.

Así lo pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia 152/2019, de 13 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cuando, en relación con la regla de interpretación contractual contra proferentem, tras señalar que es una consecuencia del principio de buena fe contractual, basada en la responsabilidad del declarante y en la protección de la confianza del destinatario de la declaración, y que establece una distribución del riesgo contractual, con el objeto de asegurar que el adherente que no ha participado en la elaboración del contrato no tenga por qué compartir los riesgos de una defectuosa declaración contractual, cumpliendo dos funciones esenciales - equilibrar la relación mediante la adecuada distribución de los riesgos de ambigüedad en la declaración e incentivar que el predisponente redacte claramente las cláusulas predispuestas – apunta que “La sentencia de esta sala de 624/2002, de 24 de junio, explicó:

”Y, en relación con la regla de interpretación “contra proferentem”, acogida en el art. 1288 CC, como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no sólo la redacción unilateral del contrato, sino

principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona (S. 13 diciembre 1986), pero esa regla no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato, y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, resulta relegado el precepto (S. 17 octubre 1998), que, como dice la sentencia de 27 de septiembre de 1996, "no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad".

De igual modo, en nuestro Acuerdo 80/2021, de 17 de agosto, pusimos de manifiesto que *"Sobre el alcance del principio de transparencia, la precitada Resolución 014/2021, de 26 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, pone de relieve que tal principio "impone una obligación de que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, Succhi di Frutta, apartado 111,*

Asunto C496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la voluntad del poder

adjudicador mediante la interpretación de cláusulas oscuras o contradictorias, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tienen éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico. Consecuentemente, una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario ni adecuado que este Órgano, por vía interpretativa, fije cuál es el significado que debe darse a la documentación contractual, pues tal determinación en ningún caso podría concluir en reprochar al adjudicatario impugnado su impericia en la misma tarea y mucho menos con un corolario tan drástico como la exclusión del procedimiento. Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita)”.

Doctrina compartida por el resto de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, pudiéndose citar, por su similitud al caso que nos ocupa, la Resolución 1144/2019, de 14 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que razona que *“Sin embargo, no es un dato baladí el de que la controversia venga provocada por la deficiente redacción de los pliegos. Porque es la redacción de los pliegos la que ha llevado al adjudicatario a presentar la relación de medios personales que presentó, incluyendo los trabajadores adicionales que debían estar en el sobre C. Por tanto, si se le excluyera por hacerlo así, se le estaría excluyendo por actuar conforme a los pliegos, o como mínimo, conforme a una interpretación perfectamente razonable de los mismos. Y ello no es posible, porque este Tribunal ha establecido reiteradamente que la ambigüedad u oscuridad de los pliegos*

no puede perjudicar a los licitadores. En efecto, en nuestra Resolución 505/2018 señalamos: (...)”.

En el supuesto analizado, resulta clave que el pliego no indica en qué sobre debe incluirse el referido plan de inversiones; falta de precisión que es imputable, en todo caso, a la entidad contratante que es quien redactó dicho documento contractual y a quien, por tanto, resulta exigible la diligencia precisa en orden a observar una redacción suficientemente clara y precisa de tales condiciones. Así pues, la inclusión por el reclamante del plan en el sobre 3 de su proposición ha sido provocada, o cuando menos inducida, por la oscuridad del propio pliego sobre la documentación a incluir en cada sobre; error imputable a la entidad contratante, debemos insistir en ello, que en ningún caso, puede perjudicar a los licitadores; máxime cuando de una primera lectura de lo indicado en la cláusula 9.2 del pliego, lo razonable es entender que tal documentación forma parte del Sobre 3 pues no se corresponde con los aspectos que dicha cláusula concreta respecto al Sobre 2. Resultando así que la Mesa de Contratación, en el momento de la valoración de las ofertas, debió advertir tal extremo y proceder en consecuencia, ni siquiera requiriendo subsanación alguna sino otorgando la puntuación correspondiente sobre este concreto extremo, pues resulta evidente que la asignación de cero puntos por tal motivo, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes a que hemos hecho referencia, causó un evidente perjuicio al licitador, lo que no es admisible.

En consecuencia, procede la estimación parcial del motivo de impugnación alegado por cuanto la valoración que del plan de inversiones se ha otorgado al reclamante no resulta ajustada a derecho. Si bien, dado el estado del procedimiento de licitación, en cuyo seno ya se han valorado las ofertas de todos los licitadores y adjudicado el contrato, la estimación de la pretensión determina la anulación del acto de adjudicación del contrato y del propio procedimiento de adjudicación, pues no cabe la retroacción de éste para valorar adecuadamente la oferta del reclamante en lo que al plan de inversiones se refiere dado que, siguiendo la propia interpretación de la entidad contratante, encontrándonos ante un criterio cualitativo (Sobre 2), no cabe su valoración una vez abierto el Sobre 3 de las distintas proposiciones sin garantizar que no pudiera verse comprometida la confidencialidad y secreto de las proposiciones de los interesados.

Efectivamente, 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, como expusimos en nuestro Acuerdo 45/2021, de 5 de mayo, 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, como se ha señalado, la valoración afectada por la estimación del motivo de impugnación alegado, esto es, la correspondiente al plan de inversiones, sería la correspondiente a uno de los criterios cualitativos (Sobre 2); criterio sobre el que el pliego guarda silencio en lo que a su formulación y aplicación se refiere limitándose a señalar que se deberán describir las obras a realizar con una valoración aproximada de las mismas, sin indicación alguna de los parámetros a seguir en la evaluación de las distintas ofertas,

quedando así 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 el pliego que llevan aparejadas opciones valorativas para dicho órgano colegiado; circunstancia que determina, en atención a lo razonado, la imposibilidad de retrotraer el procedimiento de adjudicación a los efectos indicados.

Conclusión que resulta reforzada por la ausencia de motivación de las puntuaciones atribuidas por la Mesa de Contratación en lo que se refiere a la valoración del Sobre 2 (plan de dinamización del bar restaurante, la disponibilidad horaria del adjudicatario, el plan de inversiones a realizar, el plazo de ejecución de éstas y los criterios sociales) pues el acta de fecha 25 de junio de 2021 especifica las puntuaciones totales atribuidas a cada licitador sin incorporar motivación alguna de las mismas, ni tan siquiera se desglosa la puntuación atribuida en cada uno de los citados criterios; circunstancia que, unida a la indefinición del pliego en lo que los criterios de adjudicación se refiere, imposibilita comprobar si en la evaluación de este concreto criterio se aplicaron finalmente parámetros que no entrañaran juicios de valor.

Dicho lo anterior, tal defecto de motivación es alegado por el reclamante, y se extiende también, como bien indica, a la propia Resolución de adjudicación del contrato, donde únicamente se especifica la puntuación atribuida a la adjudicataria respecto a los sobres 2 y 3, y las puntuaciones totales de los otros dos licitadores; vulnerándose así lo dispuesto en el artículo 100.3 LFCP que establece que *“La adjudicación deberá ser motivada y contendrá al menos las razones por las que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características y ventajas de la oferta seleccionada, señalando el plazo de suspensión de la eficacia de la adjudicación y los medios de impugnación que procedan y se comunicará a todos los interesados en la licitación”*. Tampoco el informe emitido por el Secretario de la Mesa de Contratación, con fecha 6 de julio 2021 contiene tal motivación, pues se limita a señalar que la valoración del sobre 2 se hizo individualmente por cada miembro de la mesa, haciéndose la media de los puntos otorgados por cada uno, y especificando sólo la puntuación atribuida a cada licitador respecto a cada uno de los criterios valorados en

dicho sobre únicamente refiere la justificación de los criterios en que algunos de los licitadores han obtenido cero puntos.

Sobre esta cuestión, la doctrina ha señalado reiteradamente la necesidad de que la valoración de las ofertas de los licitadores en los criterios de adjudicación no valorables mediante la aplicación de fórmulas (o sujetos a juicio de valor) se encuentre debidamente motivada, como forma de garantizar el derecho de defensa del licitador y permitir el control de la legalidad de dicha valoración; reiterando que dicha exigencia de motivación no se satisface mediante la exclusiva indicación de la puntuación asignada, siendo necesaria una explicación de esta. Doctrina recogida, entre otros, en nuestro Acuerdo 68/2021, de 23 de julio, de este Tribunal, donde indicamos que *“Señalando, al respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de septiembre de 2014, que para que la discrecionalidad pueda ser controlada jurisdiccionalmente y se respete la interdicción de la arbitrariedad, se exige la oportuna motivación, siendo insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna. Conclusión recogida, entre otras, en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1226/2020, de 12 de noviembre, donde afirma que la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple asignación de puntuaciones, debiéndose apreciar en tal caso la insuficiencia de la motivación requerida.*

También la la (sic) sentencia 478/2004 de 10 de mayo de 2004, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, concreta que “ha de decirse que en el caso analizado la motivación de la forma en que se han valorado los criterios de preferencia que han de determinar la adjudicación del contrato, que son los establecidos en el Pliego de Condiciones, brilla por su ausencia, ya que en lo relativo a la valoración de la documentación técnica la mesa se limitó en su reunión de 10 de junio de 2.002 a expresar la valoración final de cada uno de los apartados a considerar, con expresión de puntuación por cada uno de los apartados previsto en el Pliego”; concluyendo que al haberse omitido todo razonamiento sobre los criterios el acto recurrido carece de la necesaria motivación.

Pues bien, examinado en expediente remitido a este Tribunal, se comprueba que la valoración del único criterio de adjudicación cualitativo que contempla el pliego la realiza la Mesa de Contratación en Sesión celebrada con fecha 18 de mayo de 2021. Acta en la que únicamente consta la puntuación que cada oferta obtiene en relación

con dicho criterio, estando huérfana de justificación alguna al respecto, no sirviendo así para conocer por qué de las ofertas presentadas una obtiene mayor puntuación que otras y resultando por ello también insuficiente para servir de motivación in aliunde de la decisión adoptada; no constando tampoco en el expediente informe alguno que sustente la valoración otorgada por la Mesa de Contratación.

Siendo esto así, obligado es concluir que la valoración de las ofertas técnicas adolece de falta de motivación, pues no explicita las razones o motivos por los que las ofertas obtuvieron, en este apartado, la puntuación consignada en el acta y en el acto de adjudicación. (...).

En definitiva, se aprecia una ausencia de motivación de la valoración de las ofertas presentadas; circunstancia que por sí sola hubiese sido suficiente para la anulación del acto de adjudicación con retroacción del procedimiento al momento de valoración del sobre 2, al objeto de que se justificaran debidamente las puntuaciones otorgadas, sin posibilidad de modificar estas; si bien tal pronunciamiento carece de virtualidad a la vista de los efectos inherentes a la estimación de la pretensión relativa a la valoración de la oferta del reclamante en lo que al concreto criterio de adjudicación correspondiente al plan de inversiones se refiere.

SEXTO.- Procede abordar ahora la pretensión relativa a la declaración de nulidad de pleno derecho del criterio económico de adjudicación por infracción del principio de igual de trato y no discriminación, en la medida en que atribuye mayor puntuación a quien menos canon pague o menos inversiones realice a favor del Ayuntamiento; no sin antes precisar, de un lado, que la fórmula cuestionada tiene como finalidad valorar las ofertas económicas, esto es, el canon ofertado y no las inversiones que en su caso se propongan y, de otro, que ello constituye una impugnación indirecta del citado criterio y, por ende, del propio pliego regulador con ocasión de la reclamación interpuesta frente a uno de sus actos de aplicación: el acto de adjudicación del contrato.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1 LFCP la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada del pliego, sin salvedad o reserva alguna, que constituye la ley del contrato vinculando tanto

a la entidad contratante como a los participantes en la licitación, la primera cuestión a resolver es la relativa a si es posible impugnar el pliego regulador con ocasión de la impugnación de los posteriores actos que se van produciendo en el proceso de adjudicación del contrato, y, en el supuesto de que la respuesta a esta cuestión sea afirmativa, si, en el presente caso, concurren los requisitos que harían viable tal acción de impugnación.

Al respecto, indicamos en nuestro Acuerdo 2/2021, de 7 de enero, que la admisión de la impugnación del pliego regulador más allá del momento procedimental habilitado al efecto, con ocasión de uno de los actos posteriores del procedimiento como puede ser la adjudicación resulta excepcional, por cuanto, transcurrido el plazo para recurrirlo y una vez presentada la oferta, el mismo ha devenido firme y consentido. Así, la única excepción a esta regla es que se tratase de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del pliego por una licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación - normalmente, el de la valoración de las ofertas- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato (sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58).

Doctrina sustentada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 9 de noviembre de 2020 que, con cita de la Sentencia del mismo Tribunal de fecha 30 de septiembre de 2020, tras indicar que en línea de principio no cabe, al socaire de la impugnación de un acto de adjudicación (y de, en su caso, exclusión), pretender la nulidad de los Pliegos que nunca antes se recurrieron, expone que *“En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya*

preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación.

No obstante, este no es un principio absoluto y, así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, As. C-538/13, establece que : "El artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal derecho de recurso podrá ejercitarse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato."

En sentido similar, cabe citar la Resolución 14/2021, de 26 de enero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, que recoge la doctrina general sobre los recursos indirectos contra los pliegos, en los siguientes términos: *"De las resoluciones de este Órgano (ver la más reciente de todas ellas que lleva el número 085/2020) se deduce la siguiente doctrina:*

- La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de

actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es, por ejemplo, el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58).

- Además, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 137/2019, de 15 de mayo de 2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:1674, admite el recurso indirecto para impugnar los vicios que afecten a derechos y libertades del recurrente susceptibles de amparo constitucional.

El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta”.

Especialmente significativa resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, confirmatoria de la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 137/2019, de 15 de mayo, cuyo fundamento de derecho cuarto razona lo siguiente: “1. La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación

de jurisprudencia es la que consta en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia y puede ahora concretarse aún más en estos términos: si consentidos los PCAP, cabe atacarlos indirectamente al impugnarse el acto de adjudicación; o bien sólo será eso posible si incurren en un motivo de nulidad de pleno Derecho por infringir los principios de igualdad, publicidad y transparencia, pero no cuando la infracción sea de mera anulabilidad.

(...)

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

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

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

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

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

2° Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del

contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

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

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

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

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

2° Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo -como referencia-, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma

de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio, de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017).

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

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

Doctrina reiterada por el mismo Tribunal en Sentencia 1199/2021, de 24 de marzo: *"Tal como esta Sala ha expuesto en su reciente sentencia nº 398/2021 -que resuelve el recurso de casación nº 4883/2019, citado en el auto de admisión-, la respuesta a la pregunta acerca de la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública es la siguiente:*

"[...] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva." [...].

A este criterio jurisprudencial debe ahora estarse (...)".

En línea con la doctrina jurisprudencial citada, la Sentencia 365/2017, de 13 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los Pliegos de contratación, no impugnados en

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

La aplicación de la doctrina citada al supuesto concreto que nos ocupa precisa, pues, en primer lugar, determinar si efectivamente la fórmula de valoración de la oferta económica prevista en el pliego no resulta ajustada a derecho, para a continuación calificar tal eventual infracción como vicio de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad; y sólo si nos encontrásemos en el primero de tales supuestos analizar si el reclamante pudo tener conocimiento de dicha infracción en el momento de acceder al pliego con ocasión de la publicación del anuncio de licitación o, por el contrario, tal irregularidad se ha manifestado en el momento de la aplicación de tal criterio de adjudicación.

Respecto a la primera cuestión, realizada una simulación se puede comprobar que, efectivamente, la fórmula para la valoración del canon ofertado, si bien otorga la máxima puntuación a la mayor oferta, no sucede lo mismo en la distribución de los puntos que corresponden al resto de ofertas pues obtienen más puntos las ofertas cuanto menor es el canon ofertado – de hecho, la propia entidad contratante indica al respecto que “no es la fórmula ideal” –, lo que resulta contrario a la propia finalidad de los criterios de adjudicación que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 de la LFCP, es determinar la oferta con la mejor calidad precio.

Sentado lo anterior, y a los efectos de calificar la infracción detectada, cabe traer a colación nuestro Acuerdo 84/2020, de 24 de septiembre, donde pusimos de relieve que fórmulas como la ahora analizada adolecen de un vicio de nulidad de pleno derecho; y así señalamos que *“Sobre las fórmulas para valorar las proposiciones económicas, este Tribunal acoge y comparte la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, expuesta, entre otras, en su Resolución del 260/2019, de 15 de marzo, en la que, reiterando la doctrina contenida en su Resolución 1051/2018, señala: “Sexto. A) Sobre los parámetros a los que debe ajustarse el órgano de contratación al establecer la fórmula para evaluar las proposiciones económicas dijimos en nuestra Resolución 906/2014 que “lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el Pliego la fórmula elegida, que ésta atribuya una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara y que se guarde la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias”, (...).*

Ninguno de los preceptos de la Directiva o de la LCSP autoriza a pensar que se han impuesto al órgano de contratación límites o pautas adicionales a los ya expuestos, esto es, que la fórmula figure en el Pliego, que atribuya puntuación superior a la más barata (sin perjuicio de la aplicación de índices de saciedad, como admitimos en nuestra Resolución 976/2018, de 26 de octubre (Recurso nº 664/2018), inferior a la más cara y que la atribución de puntos a las intermedias guarde la debida proporción. (...).”

(...) el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 38/2019, de 30 de enero, donde señala que “En los Considerandos de la Directiva 24/2014 señala que “La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa”.

En términos parecidos se manifiesta el artículo 1 de la LCSP haciendo referencia a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

En este sentido, el propio TACRC en diversas Resoluciones ha considerado nulas de pleno derecho cláusulas de valoración de ofertas económicas contrarias a los principios de igualdad y trato no discriminatorio. No obstante existe cierta unanimidad, aún con matices, que la fórmula debe ser linealmente proporcional, de modo que la variación en el precio (o la baja) se debe traducir en una variación constante en la puntuación otorgada para garantizar que el esfuerzo económico realizado por el licitador tenga una recompensa en puntos siempre constante.

En este sentido, el TACRC en su Resolución 230/2018 señala “Así, ya recordamos en nuestra Resolución 208/2017, con cita de la 681/2016 y 542/2015, que ‘ni el TRLCSP ni su normativa de desarrollo contienen una pauta a la que deba atenerse el órgano de contratación a la hora de concretar el criterio de evaluación de las ofertas económicas, si bien es claro que necesariamente habrá de recibir la puntuación más alta el licitador que oferte un precio inferior y la más baja la que presente el superior (cfr.: Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 173/2014 e Informe 16/2013 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Expte. TACRC – 120/2018 26 Autónoma de Aragón). Ello es consecuencia del respeto a los principios que han de observarse en el ámbito de la contratación pública, tales como el de control de gasto y de eficiencia (artículos 1, 22, 333.2 y DA 16ª TRLCSP), según señalan, entre otros, los Informes 4/2011 de la Junta consultiva de Contratación Administrativa y el nº 874 del Tribunal de Cuentas (pág. 196). Al mismo resultado, en fin, conduce el artículo 150.1 TRLCSP, “in fine” (y, en idéntico sentido, artículo 53.1.b Directiva 2004/18/CE) en la medida en que prevé que cuando el único criterio de adjudicación sea el precio, éste deberá ser “el del precio más bajo”, regla ésta que debe observarse cuando, junto al precio, se introducen otros criterios de adjudicación. Apuntábamos en dicha ocasión –y repetimos hoy- que se han venido considerando como contrarias al principio de economía en la gestión de recursos públicos fórmulas que atribuyan mayor puntuación a las ofertas que no sean las más económicas (...).”

En similares términos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 94/2015, de 26 de octubre, citado por el reclamante, avala también la declaración de nulidad de la fórmula que no sirve para determinar la oferta

más ventajosa: *“Considera la recurrente que la fórmula es errónea, ya que no permite encontrar la oferta económicamente más ventajosa, puesto que no respeta la ponderación establecida para las horas licitadas, y da lugar a que ofertas menos ventajosas en su conjunto obtengan, sin embargo, mayor puntuación. (...).*

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSF y normativa de desarrollo), y, en especial, si el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Específicas es conforme a dicha legislación.

Si, como afirma la recurrente, la fórmula de valoración del criterio precio incurre en un error material, del alcance que se predica, la licitación debe ser anulada. (...).

La oferta económicamente más ventajosa, en el régimen jurídico de la contratación, es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por el poder adjudicador contratante. Es decir, aquella propuesta contractual que mejor y más eficientemente los sirve, que mayor utilidad reporta al conjunto de todos ellos. (...).

La aplicación de una fórmula de valoración que suponga o implique que la Administración no obtiene la oferta económicamente más ventajosa, constituye una vulneración directa de cuanto dispone el artículo 87 TRLCSF al establecer: «Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados». (...).

Así las cosas, es claro y palmario que la fórmula utilizada como norma de valoración del criterio precio es contraria a la legislación contractual, puesto que impide hallar la oferta económicamente más ventajosa, no respeta la ponderación establecida para las horas licitadas, y da lugar a que ofertas menos ventajosas en su conjunto puedan obtener mayor puntuación, tal y como afirma la recurrente. (...).

Procede en consecuencia, declarar la ilegalidad y la nulidad de la norma de valoración del criterio precio del PCAPE. Y anular la licitación, pues en aplicación de la doctrina de la precitada STJUE de 4 de diciembre de 2003, –que se refiere a la

hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— procede declarar la anulación de todo el procedimiento, conforme a la argumentación contenida en dicha Sentencia:

[...] 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, apdo. 43). 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. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.

En definitiva, como se afirma en nuestro Acuerdo 86/2015, de 10 de agosto, la anulación del criterio de adjudicación, o de las normas para su valoración, obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.”

En consecuencia, la fórmula con arreglo a la cual se valora la oferta económica incurre en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al no permitir una comparación objetiva de las ofertas, vulnerando así los principios de igualdad de trato y de eficacia y eficiencia en la contratación pública, previstos en el artículo 2.1 de la LFCP; restando por analizar si tal infracción pudo o no ser detectada antes de su aplicación con la Mesa de Contratación, pues de ello depende, como se ha expuesto, la viabilidad de su impugnación en este momento del procedimiento de adjudicación.

Efectivamente, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el

derecho e interés del licitador, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general, pues la propia doctrina jurisprudencial se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), y, en última instancia, en la buena fe.

La aplicación de lo expuesto al supuesto analizado nos lleva a rechazar la pretensión formulada, pues, de un lado, aun teniendo en cuenta el efecto de la fórmula económica lo cierto es que sus términos son claros no ofreciendo, de inicio, dificultades de interpretación; y, de otro, este Tribunal no puede hacer abstracción de un hecho que reviste esencial relevancia a estos concretos efectos y que no es otro que la circunstancia acreditada de que el reclamante no incluyó en su proposición oferta alguna de canon, exponiendo que su oferta económica consistía en el importe de las inversiones que pagaría mediante la realización de los equipamientos propuestos, de modo que con cualesquier método de valoración la puntuación obtenida en cuanto al canon hubiera sido la misma, esto es, cero puntos.

Dicho en otros términos, la voluntad del reclamante de no ofertar canon resulta clara de su proposición económica, resultando por tanto indiferente la fórmula que previera el pliego para la valoración de dicho parámetro; lo que nos lleva a dar prioridad, en este caso, al principio de seguridad jurídica y, por ende, a concluir que la impugnación de la fórmula de valoración del canon ha de ser inadmitida por extemporánea. Todo ello sin perjuicio de advertir, para el caso de que la entidad contratante inicie un nuevo procedimiento en orden a la adjudicación de los servicios que nos ocupa, que la fórmula utilizada para la valoración del canon, como se ha expuesto, no resulta ajustada a derecho.

SÉPTIMO.- Resta analizar, sin perjuicio de que ninguna relación guarda con las pretensiones deducidas, la cuestión planteada sobre el hecho de que la inobservancia del plazo de tres días que debe mediar entre la publicación en el Portal de Contratación de Navarra del anuncio de apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmula y el propio acto de apertura ha generado un perjuicio a los interesados que no pudieron acudir a dicho acto público de apertura.

En este sentido, el artículo 97 de la LFCP al regular el orden de apertura y valoración de las ofertas, establece, en lo que ahora importa, que *“Efectuada esta valoración, o examinada la admisión de las ofertas, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra, con al menos tres días de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmula. Esta parte de la oferta debe permanecer secreta hasta el momento señalado en el Portal de Contratación”*. Previsión contenida, igualmente, en la cláusula undécima del pliego regulador.

Según consta en el expediente, la apertura del sobre 2 tuvo lugar el día 25 de junio; abriéndose el día 28 siguiente el Sobre 3 de las distintas proposiciones, previa publicación del correspondiente anuncio en el Portal de Contratación en los siguientes términos: *“Apertura de las ofertas Fecha y hora: 28/06/2021 a las 12:00*

Le recordamos que conforme a la actual redacción del artículo 97 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril de Contratos Públicos, la apertura de documentación ya no tiene carácter público. Podrá acceder a toda la información relativa al procedimiento a través del anuncio de adjudicación del contrato.”

Ciertamente, entre la publicación del anuncio y la apertura del Sobre 3 no han mediado los tres días que, con carácter de mínimos, prevé el artículo 97 LFCP, pues el cómputo de dicho plazo, que se realiza en días naturales, conforme al artículo 47.1 de la LFCP, se inicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al día siguiente de la citada publicación, esto es, el día 26 de junio; y finalizando dicho plazo legal el día 28 de junio no podía procederse a la apertura del Sobre 3 hasta el día 29 del mismo mes.

Empero, la inobservancia del citado plazo en ningún caso constituye una vulneración del principio de transparencia determinante de la nulidad del procedimiento como alega el reclamante, sino una mera irregularidad no invalidante, pues no podemos olvidar que el artículo 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que *“La realización*

de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ello sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”.

Efectivamente, la sentencia 861/2000, de 12 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) razona que *“Planteado así el debate, debe dictaminarse, primeramente, la irrelevancia de la denuncia por la recurrente de la inobservancia por la Administración de determinados plazos; y es que en virtud del principio de conservación de los actos del poder público, no todos los vicios que puedan aquejar a los actos administrativos han de determinar su anulabilidad, sino tan sólo aquéllos que tengan la suficiente trascendencia desde el punto de vista de los fines a que el acto se dirige: así la L.R.J.A.P. y del P.A.C. de 1.992 distingue como supuesto de irregularidad del acto que no afecta a su validez “aquellas actuaciones administrativas realizadas fuera de tiempo, salvo que la naturaleza del término o plazo imponga la anulabilidad” (art. 63.3º), lo que evidentemente no es el caso, en el que de ninguna manera se ha aludido por la demandante a daño, afección o perjuicio que se le hubiera derivado del incumplimiento de los términos fijados en el trámite”.* Doctrina plenamente aplicable a nuestro supuesto, pues el recurrente alega afección o perjuicio a sus derechos o intereses como consecuencia del incumplimiento del citado plazo más allá del perjuicio generado por no poder acudir al acto público de apertura, cuando lo cierto es que el acto de apertura de las ofertas valorables mediante la aplicación de fórmulas no tiene carácter público a partir de la modificación del artículo 97 LFCP introducida por la Ley Foral 15/2019, de 26 de marzo, que ya en su exposición de motivos señala entre los aspectos más relevantes de dicha modificación legislativa *“la eliminación del carácter público del acto de apertura de criterios cuantificables mediante fórmulas”.* Eliminación del carácter público de las aperturas de este tipo de documentación que, como señala la Circular 1/2019, de la Junta de Contratación Pública, obedece a una voluntad de simplificación, acorde con los principios de actuación del Sector Público, y está motivada por una razón de oportunidad: con la entrada en vigor de la obligación de licitar electrónicamente, la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra (PLENA), ya cumple con garantías, con la función que tenía anteriormente la asistencia de público a la apertura de ofertas económicas, que no era otra que demostrar que el secreto de las ofertas se había mantenido hasta el momento legalmente establecido para asegurar que la valoración de criterios sometidos a juicios

de valor se llevase a cabo con carácter previo a dicha apertura y en consecuencia evitar lo que se ha llamado “contaminación de la información”.

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 especial en materia de contratación pública interpuesta por ANDUEZA Y GOMEZ, S.L.P., en nombre y representación de don F. M. H. M. G., frente a las actas de la Mesa de Contratación de 25 y 28 de junio de 2021, y frente a la Resolución del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ayegui, de 5 de julio del mismo año, por la que se adjudica el contrato “*Gestión y explotación del Bar Restaurante del Edificio Social San Cipriano 2021*” a doña M. M. F. S. y a don J. Z. L., disponiendo la anulación de la valoración de la oferta del reclamante en lo que al plan de inversiones se refiere y, por tanto, del acto de adjudicación y del propio procedimiento, con imposibilidad de continuarlo; e inadmitiendo por extemporánea la impugnación indirecta del pliego en lo que se refiere a la fórmula para la valoración de la oferta económica.

2º. Notificar este acuerdo a ANDUEZA Y GOMEZ, S.L.P., en calidad de representante de don F. M. H. M. G., al Ayuntamiento de Ayegui, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 3 de septiembre de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.