

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.C.A., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A., (Ferroser) contra la adjudicación del “Contrato mixto de suministros y de obras para la gestión eficiente de las energías primarias utilizadas en los siguientes edificios: Hospital Severo Ochoa, Centro de Salud y Especialidades M^a Ángeles López Gómez”, número de expediente: PA 36/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de febrero de 2015 se publicó en el DOUE y en el BOCM la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato mencionado, con un valor estimado de 42.186.846,60 euros.

Segundo.- Tras la oportuna tramitación, el día 2 de agosto de 2016 se dicta resolución de adjudicación de este contrato a la empresa Ferroser.

El 26 de agosto de 2016, Asime, S.A., presentó recurso especial en materia de contratación contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad por la que se adjudicó del contrato

Mediante Resolución 216/2016, de 19 de octubre, este Tribunal resolvió estimar el recurso anulando la adjudicación recaída y procediendo la retroacción de las actuaciones al momento de clasificación de las ofertas con exclusión de Ferrovial Servicios, S.A. y Antas, S.R.L.

Contra la anterior Resolución tanto Antas como Ferroser interpusieron sendos recursos contenciosos administrativos ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El 5 de octubre de 2017 dicho Tribunal dicta sentencia desestimando el recurso interpuesto por ANTAS. Asimismo, el 18 de diciembre de 2017 mediante la Sentencia 466 desestima el interpuesto por Ferroser.

Tercero.- En el apartado 8.III de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se establecen los criterios cuya cuantificación dependen de un juicio de valor (23 puntos):

“Programa de mantenimiento y garantía total de las instalaciones, hasta 17,00 puntos

Se valorará:

a) Mejor equipo técnico integrado en la Empresa a disposición del presente contrato (instalaciones, número de personas, titulaciones y carnés profesionales de mantenimiento de instalaciones en edificios). Hasta 14,00 puntos distribuidos como sigue:

- Medios humanos desplazados, con desglose de personal a disposición del contrato (tanto con presencia física como de apoyo), especificando dedicación y categoría profesional.....Hasta 10 puntos.

- Medios Técnicos; serán los disponibles para llevar a cabo el servicio en el centro y de apoyo fuera del mismo. Descripción y ubicación de los medios, equipos,

herramientas, vehículos, medios auxiliares, aparatos de medición y de control, vendrán detallados y con el correspondiente certificado de calibración inicial, siendo necesaria, su calibración periódica, certificada por empresa competente. Se indicará expresamente los medios permanentes en el centro.....Hasta 2,5 puntos.

- Plan de formación; valorándose el número de horas totales de los cursos. El plan de formación deberá ser preciso, con descripción de los cursos y materias a impartir, fechas de realización y número de horas totales durante el periodo de vigencia del concurso. Personal al que va dirigido.

Planificación y cronograma.....Hasta 1 punto.

- La organización de sus delegaciones técnico-comerciales.....0,25 puntos.

- Planes de actuación en caso de emergencia, mejora en los tiempos de actuación y otras medidas de carácter organizativo propuestas por el licitador.....Hasta 0,25 puntos.

Se otorgará la puntuación máxima al licitante que presente la mejor propuesta.

El resto de las ofertas se ponderará proporcionalmente.

b) Plan de mantenimiento propuesto, tanto preventivo como correctivo, y Plan de garantía total, para lo que deberá especificarse con el máximo detalle la propuesta que se plantea incluyendo protocolos y cronogramas de actuación, con valoración: Hasta 3,00 puntos distribuidos como sigue:

Se otorgará la puntuación máxima al licitante que presente la mejor propuesta.

El resto de las ofertas se ponderará proporcionalmente.

2. Memoria técnica 4 puntos distribuidos como sigue:

Se valorarán los siguientes apartados:

a) Organización prevista para el desarrollo de las obras, servicios e instalaciones objeto del presente contrato,.....Hasta 4 puntos.

El licitador deberá exponer lo siguiente:

- Estudio de viabilidad técnico y económico de las instalaciones.*
- Memoria descriptiva de ejecución, indicando equipos, ubicaciones y planos.*

- *Mediciones detalladas (sin reflejar presupuestos) de cada actuación reflejada en el anexo II del PPT.*
- *Plazo de ejecución de cada actuación.*
- *Propuesta técnica de la Central Térmica y de las modificaciones y mejoras en las instalaciones existentes con descripción de equipos y materiales;*
- *Asignación de recursos de personal, materiales y maquinaria para la ejecución del proyecto. Plan de gestión.*

Se otorgará la puntuación máxima al licitante que presente la mejor propuesta.

El resto de las ofertas se ponderará proporcionalmente.

3. Plan de seguimiento de la eficiencia energética de las Instalaciones, hasta 2 puntos.

Se valorará:

a) Presentación de Plan de Medida y Verificación sujeto a protocolo EVO o IPMV, hasta 1 puntos.

b) El Plan de seguimiento propuesto, para lo que deberá especificar con el máximo detalle la propuesta que se plantea. Hasta 0,5 puntos.

c) Los sistemas de gestión y contabilización energética: Mejor herramienta o programa utilizado para su seguimiento. Hasta 0,5 puntos.

Se otorgará la puntuación máxima al licitante que presente la mejor propuesta. El resto de las ofertas se ponderará proporcionalmente.”

Cuarto.- El 22 de noviembre de 2017 se dicta resolución de adjudicación a ASIME, publicándose en el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid el 29 del mismo mes.

Quinto.- El 21 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el Hospital Severo Ochoa el escrito de recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Ferroser en el que denuncia la inclusión de subcriterios en el informe de valoración técnica no previstos en los pliegos con la consiguiente nulidad

de pleno derecho del expediente de licitación. En concreto solicita que se declare nulo el procedimiento de licitación con expresa declaración de nulidad de la adjudicación efectuada a la empresa ASIME, S.A.

El 11 de enero de 2018, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Sexto.- Con fecha 17 de enero, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de alegaciones de ASIME, actual adjudicataria, que manifiesta, en primer lugar, que el recurso puede resultar extemporáneo, que Ferrosfer hace un uso reprochable del recurso especial y que en el informe técnico de valoración no se han introducido subcriterios no previstos en el PCAP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Según el artículo 42 del TRLCSP están legitimados para interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar*

afectados por las decisiones objeto del recurso". Ferroser licitó al procedimiento resultando inicialmente adjudicataria, si bien finalmente se acordó su exclusión mediante Resolución 216/2016 de este Tribunal, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El licitador previamente excluido, como regla general se considera que ha perdido el interés legítimo al no poder lograr ser adjudicatario. Se admiten casos excepcionales en que se pueda acreditar tal interés legítimo.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, asunto C-355/15 Bietergemeinschaft, resuelve en sentido afirmativo la posibilidad de que un licitador, definitivamente excluido en una fase previa del procedimiento de contratación, pueda impugnar el acuerdo de adjudicación del contrato, si concurren determinados requisitos.

La doctrina de los tribunales de recursos contractuales concede legitimación al licitador excluido que formula una impugnación contra la adjudicación cuando puede finalizar en la cancelación de una licitación y la tramitación de un nuevo procedimiento al que el recurrente puede presentar una nueva oferta. Esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido, y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación. En el caso analizado de la estimación de la pretensión de declaración de nulidad del procedimiento se podría derivar, previsiblemente, una nueva licitación, habida cuenta de su carácter esencial y continuado. El interés del órgano de contratación por mantener el servicio se evidencia, además, en la decisión de prosecución del procedimiento procediendo a la adjudicación en diciembre de 2017 a pesar de haber sido licitado en febrero de 2015.

No es obstáculo a la anterior conclusión el hecho de que inicialmente Ferroser resultara adjudicataria del contrato, beneficiada por el informe de valoración de las ofertas al que ahora achaca inclusión de subcriterios no previstos en los pliegos. En

aquel momento Ferroser como adjudicataria del contrato no estaba legitimada para impugnar la misma señalando los defectos del informe de valoración que ahora invoca.

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de noviembre de 2017, publicándose en el perfil de contratante el 29, siendo interpuesto el recurso, ante el Hospital el 21 de diciembre de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

El artículo 44.3 del TRLCSP señala que *“la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”*.

Tanto el informe del órgano de contratación como ASIME en su escrito de alegaciones invocan la posible extemporaneidad del recurso porque se presentó en el registro del Hospital Severo Ochoa el 21 de diciembre de 2017, último día para la presentación computado desde la publicación en el perfil de contratante, no teniendo entrada en el Servicio Madrileño de Salud hasta el 26 de diciembre. También sería extemporánea la fecha de recepción en el Tribunal que tuvo lugar el 11 de enero de 2018.

Procede desestimar esta causa de inadmisibilidad. La recurrente como excluido definitivamente del procedimiento tanto por este Tribunal como por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no fue notificada de la adjudicación, teniendo noticia de la adjudicación por su publicación en el perfil de contratante. Si bien es cierto que el artículo 44.3 antes mencionado indica como lugar de presentación del recurso sólo ante el órgano de contratación o ante el órgano competente para su resolución, no cabe olvidar que el recurso se presentó en el Hospital dirigido al Servicio Madrileño de Salud y el Hospital Severo Ochoa es

una unidad administrativa del órgano de contratación. Aunque la Resolución de adjudicación viene firmada por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria que es el Director General del Servicio Madrileño de Salud, también es cierto que en la misma consta como unidad administrativa la Dirección Gerencia del Hospital Severo Ochoa. El informe técnico objeto de debate en el recurso y la documentación del expediente viene reflejada en documentos con membrete del citado Hospital. Siendo el órgano de contratación el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y el Hospital Severo Ochoa la unidad administrativa del mismo destinataria del contrato el recurso interpuesto el 21 de diciembre está dentro de plazo siendo un asunto interno que ésta no lo pusiera en conocimiento del Viceconsejero hasta el 26 de diciembre. Por tanto cabe concluir que el recurso se formuló dentro del plazo establecido legalmente ante una unidad administrativa del órgano de contratación por lo que el recurso debe considerarse formulado en plazo.

Cuarto.- El acto de adjudicación es susceptible de recurso especial al haberse calificado como un contrato mixto de suministros y obra, siendo preponderante el importe del suministro, sujeto a regularización armonizada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso pone de manifiesto que el informe técnico que analiza las ofertas de las empresas presentadas ha aplicado una serie de subcriterios no previstos en los pliegos reguladores de la licitación y que por lo tanto los licitadores desconocían a la hora de presentar las ofertas, incurriendo así, en una evidente arbitrariedad en la valoración de las ofertas presentadas, vulnerando lo previsto en el artículo 150 del TRLCSP así como el principio de igualdad.

Considera Ferroser que la actuación del SERMAS vulnera las exigencias previstas en el artículo 150 del TRLCSP, con independencia de que se trate de criterios de ponderación automática o criterios de valoración de apreciación subjetiva, ya que estos últimos no se pueden confundir con criterios establecidos de manera genérica hasta el punto que dejen al órgano de valoración una libertad

ilimitada para la emisión del juicio de valor y, con éste, una libertad absoluta de elección entre las ofertas presentadas. No considera suficiente una previsión genérica sino que debe ser una previsión concreta de qué mejoras se pueden presentar, relacionadas con el objeto del contrato y cómo se han de valorar. Las mejoras deben quedar completamente fijadas en los pliegos sin que se puedan fijar a posteriori parámetros o factores (requisitos, modalidades, características, límites) que, de haber conocido los licitadores potenciales, hubiera influido en la su oferta y, de rebote, en la puntuación.

Los apartados 4 y 5 del artículo 150 del TRLCSP establecen que los criterios de valoración de las ofertas deben estar previamente determinados en el anuncio de licitación o en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas. El objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Es decir, los criterios de adjudicación y el conocimiento de cómo se aplicarán, por una parte, es un elemento orientador de la elaboración de la oferta y, por otra parte, determinante de la adjudicación.

Cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la posibilidad de que los órganos de valoración aprecien los criterios de adjudicación en función de los elementos que consideren convenientes, como una manifestación del principio de discrecionalidad técnica. Así en su Sentencia de 7 de julio de 2011 (recurso de casación nº 4270/2009), trayendo a colación otra anterior de 18 de julio de 2006 (recurso de casación nº 693/2004), admite dicha posibilidad afirmando “(...) *existiendo, como existe un órgano técnico para efectuar la evaluación y habiendo este señalado los criterios de adjudicación, conforme a reiterada doctrina de esta Sala , sentencias 11 de diciembre de 1998 , 14 de julio de 2000 y 13 de octubre de 2004, y del Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de mayo y auto 8 de junio de*

1983, la revisión de esa evaluación, solo podía aceptarse, cuando, bien, no hubiera aplicado a todos los concursantes los mismos criterios, bien cuando esa evaluación no se ajustara a las bases del concurso, bien cuando existiera dolo, coacción o error manifiesto.”

Asimismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 24 de noviembre de 2005, dictada en el asunto C331-04, ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros contra ACTV Venezia SpA y otros, -ratificada por la Sentencia 24 de enero de 2008, As. C 532/06 Emm. G. Lianakis AE y otros contra Dimos Alexandroupolis y otros- afirma que: *“el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.”*

Siendo con carácter general admisible la concreción de la forma de valorar, atribuyendo distinto peso específico a los distintos elementos a tener en cuenta de las ofertas con posterioridad a la apertura de las mismas, debe examinarse si en el caso que ahora nos ocupa se dan o no los presupuestos de validez establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para la fijación de los mencionados elementos, realizando una ponderación adecuada que concilie al caso concreto los principios de publicidad y concurrencia propios de la contratación administrativa, con la discrecionalidad técnica que ostenta el órgano de contratación, de modo que el cumplimiento estricto de los primeros haga imposible que entre en juego la

arbitrariedad.

De conformidad con los parámetros expuestos procede analizar cada uno de los ejemplos señalados en el recurso como manifestación de la inclusión de subcriterios no previstos en los pliegos.

EJEMPLO 1: VALORACIÓN DE MEJOR EQUIPO TÉCNICO.

El PCAP indica expresamente:

“Medios humanos desplazados, con desglose de personal a disposición del contrato (tanto con presencia física como de apoyo), especificando dedicación y categoría profesional..... Hasta 10 puntos”.

El informe técnico indica en su valoración los criterios utilizados:

1.a.1 Medios humanos a disposición del contrato, con presencia física y de apoyo, categoría profesional y dedicación (hasta 10 puntos).

- Si el personal de gestión y de oficio es suficiente y cumple con el PPT (tanto en el centro como de apoyo) se valora el personal de oficio desplazado al centro de lunes a viernes, otorgando 10 puntos a la oferta que sea superior en número y el resto proporcionalmente, identificando los profesionales con titulaciones y carnets profesionales. Si alguna oferta no indica claramente o no identifica este personal (sólo indica perfiles) se le restará el 50% de la puntuación obtenida.

Reprocha el recurso que la valoración de este apartado se ha realizado otorgando la puntuación máxima de 10 puntos en base al personal de oficio desplazado al centro de lunes a viernes. Sin embargo este criterio no se prevé en el pliego, es más, incluso difiere del mismo. Sobremanera cuando expresamente en el PPT se obliga a un personal mínimo en sábados, domingos y festivos. En el PCAP no se diferencia entre los medios humanos para el fin de semana u festivos respecto del resto. Igualmente se indica en el Informe Técnico que se le restará un 50% de la puntuación a las ofertas en las que no se identifique este persona (sólo perfiles). Sin embargo, tampoco figura en el PCAP esta condición.

EJEMPLO 2: VALORACIÓN DE MEDIOS TÉCNICOS.

El PCAP indica:

Medios Técnicos: serán los disponibles para llevar a cabo el servicio en el centro y de apoyo fuera del mismo. Descripción y ubicación de los medios, equipos, herramientas, vehículos, medios auxiliares, aparatos de medición y de control, vendrán detallados y con el correspondiente certificado de calibración inicial, siendo necesaria, su calibración periódica, certificada por empresa competente. Se indicará expresamente los medios permanentes en el centro..... Hasta 2,5 puntos.”

El informe técnico indica en su valoración como desglose:

- Dotaciones individuales y por especialidad (hasta 1 punto).
- Dotación general en el centro (hasta 1 punto).
- Dotación externa de medios (hasta 0,5 puntos).
- Propios (0,5 puntos).
- Ajenos, alquilados (hasta 0,25 puntos).
- No indica o insuficientes (hasta 0 puntos).

Reprocha el recurso que se añada información que no aparece en el PCAP valorando esta dotación en función de si los medios son propios (0,5 puntos), ajenos o alquilados (0,25 puntos) y no indica o insuficientes (0 puntos) que se deberían haber incluido expresamente en dicho pliego y no pueden añadirse *ex novo* como ha ocurrido en este caso.

EJEMPLO 3: PLAN DE FORMACIÓN.

El PCAP indica:

Plan de formación: valorándose el número de horas totales de los cursos. El plan de formación deberá ser preciso, con descripción de los cursos y materias a impartir, fechas de realización y número de horas totales durante el periodo de vigencia del concurso. Personal al que va dirigido.

Planificación y cronograma.....Hasta 1 puntos.”

El informe de valoración explica:

1.a.3 Plan de formación: valorándose el número de horas totales de los cursos. El plan de formación deberá ser preciso, con descripción de los cursos y materias a impartir, fechas de realización y número de horas totales durante el periodo de vigencia del concurso. Personal al que va dirigido. Planificación cronograma (hasta 1 punto).

- Número horas/año (hasta 0,5 puntos) el máximo de horas/año a valorar será de 1.000 horas de formación puntuándose con 0,5 puntos y el resto proporcionalmente.

- Adaptado a necesidades y adecuados al objeto (hasta 0,5 puntos).

El recurso de Ferroser considera que el informe técnico incluye unas divisiones no establecidas en el PCAP en dos apartados: números de horas/año (0,5 puntos) y adaptación a necesidades (0,5 puntos).

EJEMPLO 4: DELEGACIONES TÉCNICO COMERCIALES Y PLANES DE ACTUACIÓN

El PCAP indica:

“La organización de sus delegaciones técnico-comerciales..... 0,25 puntos.

Planes de actuación en caso de emergencia, mejora en los tiempos de actuación y otras medidas de carácter organizativo propuestas por el licitador.....Hasta 0,25 puntos.”

El informe técnico indica en su valoración:

1.a.4. Organización de sus delegaciones técnico-comerciales (hasta 0.25 puntos).

- Precisa en referencia a apoyo del contrato (0,10 puntos).
- Genérica y adecuada (hasta 0,15 puntos).

1.a.5. Plan de actuación en caso de emergencia, tiempos de actuación, organización y cronograma de actuación (hasta 0,25 puntos).

- Descripción precisa de las posibles contingencias (hasta 0,15 puntos).
- Mejora tiempos de respuesta del PPT (hasta 0,10 puntos) a la oferta que más mejore. El resto proporcionalmente.

El recurso considera que se otorgan puntuaciones de manera desconocida para los licitadores.

EJEMPLO 5: PLAN DE MANTENIMIENTO

El PCAP indica:

“b) Plan de mantenimiento propuesto, tanto preventivo como correctivo, y Plan de garantía total, para lo que deberá especificarse con el máximo detalle la propuesta que se plantea incluyendo protocolos y cronogramas de actuación, con valoración: Hasta 3,00 puntos distribuidos como sigue:

Se otorgará la puntuación máxima al licitante que presente la mejor propuesta.

El resto de las ofertas se ponderará proporcionalmente.”

En el informe técnico para valorar las ofertas se han tenido en cuenta los siguientes subcriterios:

1.b) Plan de mantenimiento propuesto, tanto preventivo como correctivo y Plan de garantía total, para lo que deberá especificarse la propuesta que se plantea incluyendo protocolos y cronogramas de actuación (hasta 3 puntos).

1.b.1. Plan de mantenimiento (hasta 2 puntos).

Descripción precisa:

- Gamas sobre instalaciones genéricas y sus protocolos (hasta 1 punto).
- Por instalaciones y equipos concretos del hospital (hasta 1 punto).

1.b.2. Plan garantía total (hasta 1 punto).

- Alcanza la totalidad instalaciones contempladas en PPT (hasta 1 punto).

En el recurso se afirma que aparecen subcriterios con ponderaciones independientes: Gamas sobre instalaciones (hasta 1 punto), por instalaciones (hasta

1 punto) y Plan de Garantía Total (hasta 1 punto). Estos nuevos subcriterios deberían de haber figurado en el PCAP y sin embargo, no aparecen.

EJEMPLO 6: MEMORIA TÉCNICA

El PCAP indica:

“2. Memoria técnica 4 puntos distribuidos como sigue:

Se valorarán los siguientes apartados:

a) Organización prevista para el desarrollo de las obras, servicios e instalaciones objeto del presente contrato,.....Hasta 4 puntos.

El licitador deberá exponer lo siguiente:

- Estudio de viabilidad técnico y económico de las instalaciones.*
- Memoria descriptiva de ejecución, indicando equipos, ubicaciones y planos.*
- mediciones detalladas (sin reflejar presupuestos) de cada actuación reflejada en el anexo II del PPT.*

- Plazo de ejecución de cada actuación.*

- Propuesta técnica de la Central Térmica y de las modificaciones y mejoras en las instalaciones existentes con descripción de equipos y materiales;*

- Asignación de recursos de personal, materiales y maquinaria para la ejecución del proyecto. Plan de gestión.*

Se otorgará la puntuación máxima al licitante que presente la mejor propuesta.

El resto de las ofertas se ponderará proporcionalmente.”

El informe técnico valora los siguientes aspectos:

2) Memoria Técnica (Hasta 4 puntos).

2.a) Organización para el desarrollo de las obras, servicios e instalaciones (hasta 4 puntos).

2.a.1. Estudio viabilidad técnico y económico valorándose la correlación de tiempos y actuaciones (hasta 1,5 puntos).

- Adecuada correlación de tiempos y medidas (hasta 0,5 puntos).
- Diagrama Gantt o similar (hasta 0,5 puntos).

- Planificación de trabajos (hasta 0,5 puntos).
- 2.a.2 Memoria descriptiva de ejecución (hasta 0,25 puntos).
- Adecuada a descripción de trabajos (hasta 0,15 puntos).
- Adecuado conocimiento de instalaciones, presentes y futuras (hasta 0,10 puntos).
- 2.a.3 Cronograma (plazo) de actuaciones de ejecución (máximo 0,25 puntos).
- 2.a.4 Mediciones detalladas (sin precios) de las actuaciones (hasta 0,25 puntos).
- 2.a.5. Propuesta técnica de la Central Térmica, modificaciones y mejoras en las Instalaciones existentes con descripción de equipos y materiales (hasta 1,5 puntos).
 - Propuesta distribución de potencias optimizada (0.5 puntos).
 - Potencias calderas mejoradas (hasta 1 punto) valorándose con 1 punto la máxima potencia y el resto de forma proporcional.
(nota: PPT con 3 calderas de 1.600.000 Kcal/h=5.577,6Kw/h).
- 2.:a.G Asignación de RRHH y técnicos para la ejecución. Plan de gestión (hasta 0,25 puntos).
 - Indica, específicamente medios técnicos (Hasta 0,1 puntos).
 - Indica medios humanos, número y cualificación (hasta 0,15).

El recurso de Ferroser reprocha que se otorgan ponderaciones independientes hasta en 11 subcriterios, desglose no indicado en el PCAP, y que de haberse incluido podría adaptar la oferta a estos nuevos subcriterios y obtener la máxima puntuación.

EJEMPLO 7: PLAN DE SEGUIMIENTO DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA DE LAS INSTALACIONES.

El PCAP indica:

- 3. Plan de seguimiento de la eficiencia energética de las Instalaciones, hasta 2 puntos.

Se valorará:

a) Presentación de Plan de Medida y Verificación sujeto a protocolo EVO o IPMV. Hasta 1 puntos.

b) El Plan de seguimiento propuesto, para lo que deberá especificar con el máximo detalle la propuesta que se plantea. Hasta 0,5 puntos.

c) Los sistemas de gestión y contabilización energética: Mejor herramienta o programa utilizado para su seguimiento Hasta 0,5 puntos.

Se otorgará la puntuación máxima al licitante que presente la mejor propuesta. El resto de las ofertas se ponderará proporcionalmente.

El informe técnico explica cómo será su valoración:

3) Plan de seguimiento de la Eficiencia Energética de las instalaciones (hasta 2 puntos).

A valorar:

3.a) Presentar plan de medida y verificación sujeto EVO o IPMV (hasta 1 punto)

- Presenta y desarrolla contenidos, plan de M y V sujeto a IPMV/EVO (hasta 1 punto)

3.b) Plan de seguimiento propuesto: se medirá el grado de detalle de la propuesta (hasta 0,5 puntos)

- Plan de seguimiento en general, válido (hasta 0,25 puntos)

- Alto grado detalle (hasta 0,25 puntos)

3.c) Herramienta o programa utilizado para seguimiento de gestión y contabilización energética (hasta 0,5 puntos)

- El plan está basado ISO 50.001 (hasta 0,25 puntos)

- Adecuada herramienta de gestión y contabilización energética (hasta 0,25 puntos)

En este ejemplo el recurso considera que se otorga una ponderación unitaria hasta a 5 subcriterios, no indicando estas ponderaciones independientes en el PCAP.

Como conclusión a todo lo expuesto y los ejemplos señalados por el recurso cabe señalar que el grupo técnico de valoración estableció previamente una metodología en el análisis de las ofertas que, de conformidad con los criterios de valoración recogidos en el PCAP, permitiera su valoración de forma homogénea, evitando así un trato desigual. De este modo en el apartado 1 del Informe Técnico se señala aquellos aspectos definitorios de los ítems a valorar que permitieron analizar las ofertas de forma comparada y no arbitraria.

El Tribunal no aprecia que en el informe de valoración se vulneren los límites señalados en la anteriormente mencionada Sentencia Alexandroupolis:

- Ni se modifican los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones
- Ni contiene elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en la preparación de las ofertas
- Ni contiene elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

El hecho de que el informe de valoración desglose las ponderaciones atribuidas expresamente en el PCAP a cada subcriterio atendiendo a concretos aspectos que los propios pliegos establecen, no puede considerarse una vulneración de los principios aplicables a la licitación (artículos 1 y 139 del TRLCSP), sino una aplicación del principio de discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en su actuación valorativa. Los principios de publicidad, objetividad y transparencia aplicables a las licitaciones públicas han de conciliarse con la discrecionalidad que asiste a la Administración al valorar los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor, sin que sea exigible un grado de detalle o pormenorización en los Pliegos tan absoluto que haga imposible que entre en juego la indicada discrecionalidad, y que convierta la valoración de este tipo de los criterios subjetivos en una actuación automática.

La justificación que lleva a cabo el informe técnico no debe confundirse con la introducción de subcriterios, sino que representa con total transparencia de detalle justificativo, el evidente propósito de fundamentar de forma objetiva, dentro de un criterio discrecional y subjetivo, la puntuación obtenida por los licitadores a cuyas ofertas se les aplican las mismas reglas de juego y siempre referenciado a aspectos recogidos en pliego y que los licitadores con su Know How habrán podido referir, por ser conceptos todos ellos englobables dentro del criterio o subcriterio reflejado en Pliego. Como indica la Resolución 221/2017 de este Tribunal *“es habitual en los informes de valoración explicar el sistema de asignación de puntos e intentar objetivarlo sin que ello pueda suponer introducir criterios no previstos (...)”*.

Es evidente que no se puede pretender ante una valoración sujeta a juicio de valor que cada criterio contenga subcriterios y estos a su vez definan los criterios con que serán valorados, de forma que sucesivamente sería necesario un grado de detalle que convierta ese tipo de criterios en otros de naturaleza cuasi automática.

Sobre los ejemplos puestos de manifiesto, como fundamento del recurso, cabe señalar que en algunos de ellos Ferroser obtuvo o bien la máxima puntuación posible o una puntuación muy próxima, es decir entendió perfectamente qué era lo que se valora en cada criterio con la lectura del mismo definido en el PCAP puesta en conexión con los requerimientos del PPT. Para el Tribunal resulta evidente que, para todos los ejemplos puestos de manifiesto, no se creó subcriterio alguno diferente a lo inicialmente previsto en el PCAP y el informe técnico valoró los aspectos incluidos en las propuestas de los licitadores otorgando mayor o menor puntuación, dentro de la subjetividad asociada a este tipo de criterios. La elevada puntuación otorgada la Ferroser da prueba de que era conocedora de los aspectos relevantes para obtener la máxima posible. Es decir, se trataba de aspectos conocidos en el momento de preparar la oferta y los aspectos valorables recogidos en el informe de valoración no introducen elementos nuevos que de haber sido conocidos hubieran influido en la presentación de una oferta diferente. Al haber obtenido, en algunos supuestos, la máxima puntuación, no se comprende cómo se

defiende el desconocimiento del subcriterio o que haya podido influir en la redacción y valoración de su propia oferta. Por lo demás no estaría legitimada para invocar cómo ha podido influir ese posible desconocimiento la formulación de oferta por otros licitadores.

Por lo expuesto entendemos que el informe técnico se realizó conforme a derecho.

Sexto.- El artículo 47.5 del TRLCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. En el mismo sentido el artículo 31.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma

cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero [mala fe], tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”*.

Previamente a la adjudicación del contrato a ASIME, Ferroser no había manifestado oposición alguna a la valoración de los criterios.

El informe de valoración referido fue leído en sesión pública de la Mesa de contratación de fecha 08/07/2015 con la asistencia de don M.C.A., firmante del recurso, como representante de la empresa Ferrovial Servicios.

Ferrovial Servicios con su oferta demuestra conocer perfectamente los elementos que discrecionalmente se valorarán (siempre dentro de los criterios y subcriterios subjetivos reflejados en pliego) y es en base a ese know how que la recurrente por sí misma demuestra por lo que obtiene 20,20 de los 23 puntos posibles e inicialmente resulta adjudicataria de este expediente, sin recurrir en absoluto extremo alguno del informe, pese a que ahora, una vez excluida definitivamente, lo haga. Esa valoración demuestra el conocimiento de los extremos que tenía que ofertar y por ello la buena puntuación que obtuvo.

En aquella circunstancia no decidió recurrir extremo alguno del informe, sino que es ahora, una vez transcurridos 3 años y tras ser excluida de la licitación y desestimados los recursos contenciosos administrativos interpuestos, cuando lo hace.

La exclusión del procedimiento deviene no de la falta de conocimiento de lo que debía ofertar sino del incumplimiento de los requisitos técnicos mínimos exigidos en el PPT.

Sucesiva y reiteradamente tanto en las alegaciones formuladas en el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ASIME donde se reclamaba la exclusión de Ferroser por incumplimiento del PPT, como en el recurso contencioso administrativo que Ferroser interpuso contra la Resolución de este Tribunal 216/2016 no solo no cuestionó la valoración técnica, sino que mantuvo la validez de la misma siendo un pilar fundamental de su defensa de cumplimiento del PPT y

calificando el informe de valoración como *“objetivo, transparente y concordante con lo establecido en los documentos que rigen la licitación y además fue elaborado por técnicos del Hospital expertos en esta materia”*. El recurso es una contradicción con los actos propios relativos a los argumentos mantenidos por la recurrente.

Este Tribunal considera al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP que procede la imposición de una multa al haber existido mala fe en la interposición del recurso. En cuanto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y del perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Este Tribunal considera para la graduación de la multa los gastos y molestias a los demás licitadores y especialmente el retraso en el inicio del contrato por el nuevo adjudicatario y perjuicio a la entidad contratante que no puede disponer de los nuevos servicios sino con retraso sobre lo previsto. Se trata además de un contrato de gran importancia económica (valor estimado de 42.186.846,60 euros de valor estimado). Por tanto, este Tribunal fija el importe de la multa, atendido el tenor de los argumentos precedentes, en el importe de 2.000 (dos mil) euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.C.A., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A., contra la adjudicación del “contrato mixto de suministros y de obras para la gestión eficiente de las energías primarias utilizadas en los siguientes edificios: Hospital Severo

Ochoa, Centro de Salud y Especialidades M^a Ángeles López Gómez”, número de expediente: PA 36/2014.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP en la cuantía de 2.000 (dos mil) euros.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 17 de enero.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.