

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2014.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación formulado por doña S.P.G., en nombre y representación de ELECNOR, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de El Álamo de 18 de noviembre de 2014, por el que se adjudica el contrato mixto de suministro y servicios, “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público exterior del Ayuntamiento de El Álamo”. Expte: P 01/14. este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El Pleno del Ayuntamiento de El Álamo, en sesión celebrada el 13 de febrero de 2014, acordó aprobar el expediente para la licitación del contrato denominado “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público exterior del Ayuntamiento de El Álamo”, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El contrato se califica como mixto de suministro y servicios, siendo predominante desde el punto de vista económico el suministro. El valor estimado asciende a 4.388.418 euros y su duración a 18 años.

Con fechas 4, 8 y 14 de marzo de 2014 se publicó el anuncio de licitación respectivamente en el Diario Oficial Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

En cuanto a los criterios de adjudicación el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece en su cláusula 17 criterios cuantificables automáticamente a los que asigna 70 puntos y criterios evaluables mediante juicio de valor ponderados con hasta 30 puntos, entre los que a efectos del presente recurso, cabe destacar las mejoras valoradas con hasta 5 puntos. Para valorar este criterio se establece que *“Los licitadores presentarán un documento Memoria que desarrolle detalladamente todos los aspectos citados que será analizada y valorada por la Mesa de Contratación”*.

Por su parte, a efectos de considerar las mejoras, se entenderá que son tales las justificadas y relacionadas con el objeto del contrato respecto de los mínimos establecidos en los pliegos y que resulten viables y supongan claras ventajas respecto de la oferta básica.

Por otro lado entre los criterios cuantificables automáticamente sin fórmula la cláusula 17.A) del PCAP se establece *“3.- Reducción del plazo de la prestación P4, sobre el máximo establecido para la ejecución en el presente pliego, hasta un máximo de 7 puntos. Se asignará un punto (1) por cada semana completa de reducción”*.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron cuatro ofertas, una de ellas la de la recurrente.

La valoración de los criterios que obedecen a juicio de valor se realizó por un Ingeniero Técnico Industrial del Ayuntamiento de El Álamo, que emitió su informe

con fecha 9 de julio de 2014, del que resulta una puntuación total para Electrotecnia Monrabal de 19,15 puntos y de 27,95 para Elecnor, la ahora recurrente.

**Tercero.-** Con fecha 8 de octubre de 2014, por este Tribunal se dictó Resolución en el seno del recurso 164/2014, interpuesto por Electrotecnia Monrabal, S.L., contra el Acuerdo del Pleno de 28 de agosto de 2014, por el que se adjudica el contrato, en el que se ordenaba retrotraer el procedimiento al momento de realizar la clasificación de las ofertas de las licitadoras para atribuir a la recurrente, la misma puntuación que a la empresa SICE. Contra dicha resolución Elecnor interpuso recurso contencioso administrativo.

En ejecución de dicha Resolución el Pleno del Ayuntamiento, en Sesión Ordinaria celebrada el día 30 de Octubre de 2014, dejó sin efecto el indicado Acuerdo, retro trayendo las actuaciones del procedimiento de contratación y efectuando nueva clasificación de las ofertas presentadas, resultando que la oferta económicamente más ventajosa, pasaba a ser la de Electrotecnia Monrabal, lo que determinó que con fecha 18 de noviembre de 2014, se adjudicara definitivamente el contrato a la misma.

**Cuarto.-** El 4 de diciembre de 2014, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 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), Elecnor, interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, en el que solicita que se revoque, anule, y deje sin efecto (sic) la adjudicación efectuada a favor de Electrotecnia Monrabal, declarando haber lugar a todos los motivos del recurso, y/o ordenando la retroacción del procedimiento de licitación al momento previo a la valoración de las proposiciones con el objeto de valorar en su oferta como mejoras las que si le han sido valoradas a la adjudicataria y a SICE o bien declarando nula la valoración como mejoras de aquellos aspectos

que en la oferta de SICE y de Electrotecnia Monrabal han sido tenidas en cuenta siendo aspectos obligatorios de la oferta según los pliegos.

Aduce como fundamentos de su pretensión que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública ha infringido su competencia exclusivamente revisora y que no procedía la atribución a la empresa Electrotecnia Monrabal de puntuación alguna en el subcriterio de “Conocimiento de las instalaciones”. Así mismo señala que la adjudicataria ha infringido las normas contenidas en el pliego respecto de la forma de la presentación de ofertas que determinan necesariamente que la misma deba ser excluida del procedimiento de licitación, en tanto en cuanto ha incluido en el sobre 2 de documentación técnica aspectos a valorar, y que por lo tanto deberían haber sido solo recogidos en el sobre 3, en concreto afirma que en el apartado 3.3 de la Memoria en cuanto a la prestación P.4, presenta el programa de la implantación de las obras correspondientes a esta prestación, valorable mediante fórmula. Por último considera que la valoración efectuada por el órgano de contratación no es correcta en cuanto valora como mejoras dos aspectos de obligatorio cumplimiento según los pliegos.

El informe del órgano de contratación realiza un relato fáctico de los hechos relativos al expediente administrativo señalando únicamente en relación con el fondo que el acuerdo recurrido fue adoptado en ejecución y cumplimiento de la Resolución de 8 de octubre de 2014 de este Tribunal.

**Quinto.-** Con fecha 23 de septiembre de 2014, se dio trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, habiéndose presentado escrito de alegaciones por la adjudicataria el día 21 de diciembre por correo electrónico, en las que después de argumentar sobre la inadmisibilidad parcial del recurso y la adecuación a derecho de la Resolución de 8 de octubre de 2014 de este Tribunal, afirma que su oferta es conforme con las exigencias formales del pliego, considerando matemáticamente incorrectas las afirmaciones de la recurrente, puesto que 9 meses no son 36

semanas, sino 39. Así mismo señala que tanto el PCAP como el PPT exigen que el licitador incluya en su sobre número 2 la información y documentación técnica relativa a la planificación o calendario de los trabajos y, en especial, a la ejecución o implantación de las obras de la prestación P4 y que la propia Elecnor hizo exactamente lo mismo que Electrotecnia Monrabal, detallando el calendario de ejecución en la indicada prestación. Por último concluye que el órgano de contratación ha valorado correctamente las mejoras ofrecidas por Electrotecnia Monrabal, y ha admitido como mejora una prestación ofrecida por Elecnor que no lo es.

Asimismo señala que Elecnor disponía de toda la documentación precisa para hacer esta alegación tanto cuando se le adjudicó el contrato por el acuerdo municipal de 28 de agosto de 2014 como cuando se le ofreció el trámite de audiencia en el recurso 164/2014. Por ende, esta alegación de Elecnor debe ser rechazada al intentar atacarse con ella un acto consentido.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Elecnor para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, habiendo quedado clasificada en segundo lugar su oferta.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

**Segundo.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro, con un valor estimado superior a 207.000 euros por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1. a) y 40.2. c) del TRLCSP.

**Tercero.-** En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)*”.

Habiéndose producido la notificación del Acuerdo de adjudicación, el día 18 de noviembre de 2014, el recurso interpuesto el día 4 de diciembre, se presentó en plazo.

**Cuarto.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Quinto.-** Son varios los defectos que la recurrente imputa a la Resolución de adjudicación, de un lado defectos imputables o que traen causa de la Resolución de este Tribunal de 8 de octubre de 2014 y de otro defectos imputables a la actuación del Órgano de contratación a la hora de valorar la oferta de la adjudicataria.

Las afirmaciones relativas a la adecuación a derecho de la valoración efectuada por el órgano de contratación, en concreto del subcriterio “Conocimiento de las instalaciones”, en ejecución de la Resolución de este Tribunal de 8 de octubre de 2014, implican hacer valer de nuevo una cuestión ya resuelta por el mismo, y respecto de la que debe considerarse que se produce el efecto de cosa juzgada, que entendemos de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa “*que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión*”. En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Alto Tribunal en la

Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado ) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos )”*.

De acuerdo con estas consideraciones cabría concluir que en este caso concurriendo el indicado efecto de cosa juzgada, no es posible un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto por este Tribunal.

Por lo que se refiere a la alegación relativa a la infracción del carácter revisor de la competencia de este Tribunal, sin perjuicio de las cumplidas explicaciones que sobre esta cuestión se dieron en la resolución de 8 de octubre sobre el carácter objetivable de la valoración de dicho subcriterio, y de la falta de motivación razonable sobre la asignación al mismo de 0 puntos, cabe indicar a mayor abundamiento, que contra las Resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, no cabe recurso alguno, en vía administrativa, únicamente cabe recurso contencioso administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1 del TRLCSP. No desconoce este Tribunal que el recurso presentado ni se dirige formalmente contra la Resolución 171/2014, ni en el suplico del mismo se solicita su nulidad, pero no es menos cierto que, parte de los argumentos hechos valer son revisores de la resolución dictada, por lo que desde esta consideración procede la inadmisión del recurso en relación con los mismos.

**Sexto.-** Tratamiento distinto debe darse a las alegaciones relativas al incumplimiento e incorrecta valoración de la oferta de la adjudicataria por parte del órgano de contratación, que como hemos señalado en el relato fáctico del presente recurso, no despliega actividad de descargo o justificación alguna de las mismas en su informe.

Este Tribunal no desconoce el retraso que en este tipo de expedientes de contratación, supone la posibilidad de recursos sucesivos o en cascada, como consecuencia del principio de congruencia establecido en el artículo 49 del TRLCSP, que solo permite al Tribunal pronunciarse sobre las concretas cuestiones hechas valer en el recurso, lo que no impide que en función de la suerte estimatoria o desestimatoria del mismo, puedan hacerse valer en ulteriores recursos argumentos distintos no hechos valer en el primero, sobre los que el Tribunal no se ha podido pronunciar. Sin perjuicio de lo cual, entiende que la salvaguarda de los principios que rigen la contratación pública y la garantía de la transparencia en la misma, lleva consigo la carga del posible retraso en la celebración de los contratos y debe prevalecer sobre la rapidez en la tramitación.

Entrando ya a examinar las concretas cuestiones puestas de manifiesto en el recurso, debemos comenzar el examen con aquella cuestión cuya eventual estimación conduciría a la mayor retroacción de actuaciones que puede hacer innecesario el pronunciamiento sobre las restantes.

Previamente debe indicarse respecto de las afirmaciones de la adjudicataria sobre el carácter de acto consentido de la adjudicación al no haber sido aducidas por Elecnor las cuestiones que fundamentan el presente recurso, con ocasión del anterior, que este Tribunal entiende que la entonces adjudicataria, en el ejercicio de su derecho de defensa contestó todas las cuestiones que se plantearon en el anterior recurso por Electrotecnia Monrabal, sin alegar ni aducir cuestiones nuevas, lo que no implica en modo alguno la pérdida de su derecho al recurso invocando otras cuestiones no hechas valer en el mismo, una vez perdida su condición de adjudicataria, al estar legitimada, desde ese momento para ello.

Se afirma que la adjudicataria Electrotecnia Monrabal ha incluido en el sobre 2 de documentación técnica aspectos a valorar, y que por lo tanto deberían haber

sido solo recogidos en el sobre 3. En concreto en el apartado 3.3 de la Memoria que acompaña a la oferta en cuanto a la prestación P.4, se presenta el programa de la implantación de las obras correspondientes a esta prestación, valorable de forma automática en los términos de la cláusula 17.a) del PCAP, recogida más arriba.

Con carácter general, en cuanto al procedimiento y orden de apertura de ofertas el TRLCSP y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante RD 817/2009) regulan con detalle todo lo relativo a la presentación de proposiciones, el orden de apertura y valoración de ofertas, cuestiones de especial trascendencia en el procedimiento de contratación del sector público. En concreto, por lo que se refiere al orden de apertura de las proposiciones de los licitadores, el apartado 2 del artículo 150 TRLCSP establece lo siguiente:

*“Artículo 150. Criterios de valoración de las ofertas.*

*(...) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinará los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada. (...).”*

Por su parte, el artículo 26 del RD 817/2009 establece que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos”*. Y el apartado 2 del artículo 30 del RD 817/2009 que: *“2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.*

*3. La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública”.*

Es decir, la normativa establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, todo ello con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor.

El hecho de que la legislación de contratación pública establezcan que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del órgano de contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor “*mediatizado*”, o, si se prefiere, “*contaminado*” por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes.

Pero al igual que la ley es clara al respecto del orden de apertura de las proposiciones, lo es también en cuanto al carácter vinculante de los pliegos que constituyen ley del contrato, de acuerdo con el artículo 145 del LTRLCSP.

De acuerdo con el punto 8 del PPT la prestación P4, “obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía”, tendrá que hacerse efectiva dentro de los nueve primeros meses del contrato, siendo valorable

automáticamente la reducción del plazo de su ejecución. Por su parte el PCAP, además de establecer correlativamente la puntuación a asignar a este criterio de valoración (7 puntos, 1 por semana) señala en cuanto al contenido del sobre número 2 que incluirá una Memoria descriptiva sobre la Metodología, Organización y Medios directos propuestos para la prestación del servicio y Plan de Actuación previsto para llevar a cabo la prestación P.4. Respecto del contenido de dicho plan indica que se especificará *“el calendario de ejecución, detalle de procedimiento de ejecución y todo aquello que se considere necesario”*, añadiendo *“El análisis de esta memoria permitirá valorar y otorgar la puntuación prevista en la Cláusula 18.b.2 del presente pliego (Sin embargo, la cláusula 18 se refiere a la mesa de contratación, la referencia debe entenderse realizada a la cláusula 17.B.2 (Esto es, los criterios cuantificables mediante juicio de valor).*

Especifica la recurrente que *“El plannig aportado por la adjudicataria para la prestación P.4 establece 29 semanas y en sus propuestas económica ofrece un plazo de 7,25 meses con una reducción de 7 semanas. Partiendo del periodo máximo de licitación, 9 meses, y calculando por meses y semanas se obtiene un plazo idéntico tanto en el planning como en la propuesta económica” (...).*

En este caso se comprueba que en el sobre 2 Tomo I Memoria, punto 3.3 “Prestación P4”, se incluye un cuadro en el que bajo el título, “programación de la implantación de la prestación P.4”, se recoge el programa gráfico de las obras de mejora y renovación de las instalaciones, en el que aparece una línea que llega hasta la S29 (semana 29).

Por su parte examinada la Memoria incluida en el sobre 2 Tomo II, de la oferta de la recurrente se comprueba que respecto al plazo de ejecución de las inversiones de la prestación P.4 indica *“Dentro del periodo ofertado por Elecnor, S.A, para llevar a cabo las anteriores obras de mejora y renovación, está incluido la aprobación del proyecto definitivo por parte del Ayuntamiento, la ejecución material de las obras, así*

*como la realización de las pruebas de funcionamiento pertinentes para la comprobación de la correcta ejecución de las mismas.”*, pero añade a continuación del número aproximado de luminarias a instalar al mes, con lo que como aduce la adjudicataria en su trámite de alegaciones, se podría conocer la reducción del plazo ofertada dividiendo el número total de luminarias, por el número aproximado de las mismas a instalar al mes, si bien la infracción en este caso no resulta clara y directa, como en los anteriores.

Es cierto, como aduce la recurrente que Electrotecnia Monrabal, incluyó información susceptible de valoración objetiva en el sobre de la documentación relativa a la valoración subjetiva, infringiendo por tanto la normativa antes expuesta, pero no lo es menos que el propio PCAP induce a tal inclusión al exigir que la documentación a incluir en el sobre 2 contenga una Memoria que incluya el Plan de Actuación previsto para llevar a cabo la prestación P.4 especificando el calendario de ejecución de la misma.

En este caso la forma de actuación de la adjudicataria lo ha sido también de PROEMISA, y de SICE, no pudiendo afirmarse que se deba a una conducta descuidada por su parte, sino inducida por la redacción del propio pliego. Por lo tanto no procedería su exclusión sin más, so pena de generar indefensión derivada del error en los pliegos. No queda por ello más solución teniendo en cuenta la posible influencia (positiva o negativa) que el conocimiento de parte de la oferta susceptible de valoración objetiva entre la documentación para la valoración subjetiva, que anular dicha valoración. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter vinculante del orden de apertura de las ofertas, más arriba descrito, tal y como este Tribunal señaló en su Resolución 24/2014, de 5 de febrero, o 33/2014, de 17 de febrero, solo procede anular la licitación en su conjunto, a fin de en su caso iniciar un nuevo procedimiento redactando el PCAP de manera que respete el orden de apertura de las ofertas y preserve el secreto de las ofertas por lo que se refiere a los criterios valorables mediante fórmula o porcentaje durante la valoración de los

susceptibles de juicio de valor.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, en la fecha del encabezado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

### **ACUERDA**

**Primero.-** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña S.P.G., en nombre y representación de ELECNOR, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de El Álamo de 18 de noviembre de 2014, por el que se adjudica el contrato mixto de suministro y servicios, “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público exterior del Ayuntamiento de El Álamo”. Expte: P 01/14, en cuanto a los motivos que de acuerdo con el fundamento de derecho quinto de esta Resolución constituyen cosa juzgada.

**Segundo.-** Estimar, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña S.P.G., en nombre y representación de ELECNOR, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de El Álamo de 18 de noviembre de 2014, por el que se adjudica el contrato mixto de suministro y servicios, “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público exterior del Ayuntamiento de El Álamo”. Expte: P 01/14, en cuanto al resto de los motivos hechos valer contra la adjudicación, anulando la licitación.

**Tercero.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**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 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.