

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

En Madrid, a 10 de enero de 2018.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por don I.O.L., en nombre y representación de DATIK Información Inteligente, S.L., contra la adjudicación del contrato “EfiBUS: Sistema de ayuda a la conducción eficiente”, expediente de contratación 16/104/2, promovido por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 9, 14, 16 y 22 de diciembre de 2016 se publicó respectivamente en el perfil de contratante de la EMT, en el DOUE, en el BOE y en el BOCM la convocatoria del procedimiento para la adjudicación del contrato mencionado, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 1.499. 498 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) en el apartado J de su Anexo I establece como criterio de adjudicación valorable mediante cifras o porcentajes “propuestas de

colaboración con Centros de investigación” al que asigna 5 puntos y “propuestas presentadas para presentar en cooperación con distintas empresas”, valorable con 10 puntos. Asimismo establece como criterio de adjudicación al que asigna otros 5 puntos el coste del ciclo de vida, con el siguiente tenor literal: *“Se otorgarán 5 puntos a la oferta cuyos costes de ciclo de vida sean menores, disminuyendo linealmente hasta la oferta cuyos costes de ciclo de vida del proyecto sean mayores que se valorará con 0 puntos. Los costes del ciclo de vida del proyecto incluyen todos los costes asociados al producto desde su desarrollo hasta su retirada (costes de desarrollo, adquisición, de mantenimiento, de retirada o reciclaje del producto, etc.) para realizar los cálculos se considerará que los productos tendrán una vida útil de 7 años desde su instalación”.*

En el apartado V del mismo Anexo se permite la subcontratación con el límite del 25%.

Segundo.- Durante la tramitación del procedimiento se plantean diversas preguntas en relación con el alcance de los criterios de adjudicación transcritos, en concreto interesa destacar:

-“¿Qué se entiende por colaboración? Entendemos que esta colaboración puede realizarse a través de la subcontratación de uno varios paquetes de trabajo en el proyecto, ¿es correcto?”. A lo que la EMT respondió: “Aportando una carta de compromiso del centro de investigación de participación en el proyecto” y “La cooperación se acreditará mediante la aportación de un acuerdo firmado entre las empresas cooperantes en el que se detallen los términos de la cooperación para el desarrollo del producto”.

Ante las dudas/observaciones planteadas, en el acto de apertura de los sobres que contienen la documentación para la valoración de los criterios de adjudicación valorables mediante cifras o porcentajes, la Secretaría General-Área de contratación plantea a la Mesa de contratación el criterio interpretativo a tener en cuenta para la aplicación de los criterios: colaboración con centros de investigación y

cooperación entre empresas, que se recoge en el Acta de la reunión de la Mesa de contratación de 7 de octubre de 2017, cuyas conclusiones se expondrán al examinar el fondo del asunto.

Una vez tramitado el procedimiento de licitación, mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Consejo de Administración de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. (EMT), de 7 de noviembre de 2017, se adjudicó el contrato a las licitadoras en compromiso de UTE ETRALUX, S.A. y TEKIA INGENIEROS, S.A., por importe de 1.240.488,86 euros, IVA excluido, lo que publicó en el perfil de contratante el día 8 de noviembre de 2017, en el DOUE del día 10 siguiente y se notificó a la recurrente con fecha 17 de noviembre de 2017.

Consta en el Informe de adjudicación de 16 de octubre de 2017 que la oferta de la recurrente fue clasificada en cuarto lugar.

Tercero.- El 12 de diciembre de 2017 tuvo entrada en este Tribunal escrito calificado de recurso especial en materia de contratación formulado por DATIK Información Inteligente, S.L. en el que solicita de este Tribunal que resuelva anular exclusivamente la valoración efectuada de su oferta respecto a los criterios clasificatorios 1, f), 2 y 3, a partir de los criterios reseñados del PCE (Apartado J Puntos 2 y 3 respectivamente y como Apartado J, Punto 1, Sección c), con retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno para su adecuada valoración, fundamentándose en las siguientes causas jerarquizadas:

- “a) Con carácter principal, la improcedente interpretación de los criterios reseñados por la inadecuada aplicación valorativa de la propuesta licitadora recurrente.*
- b) Y de manera subsidiaria, en su defecto, la inconsistente motivación valorativa de la puntuación clasificatoria otorgada respecto a los idénticos criterios señalados.”*

Habiendo dado traslado de la reclamación al órgano de contratación, y habiéndose solicitado la remisión de copia del expediente y su informe de acuerdo con el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre sobre procedimientos de

contratación en los sectores del agua, la energía y los servicios postales, LCSE, el órgano de contratación los remitió con fecha 19 de diciembre de 2017. En su informe se solicita la inadmisión de la reclamación por extemporánea al haberse publicado el anuncio de adjudicación en la página web de la EMT el día 8 de noviembre de 2017.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Con fecha 5 de enero de 2018 se ha recibido escrito de alegaciones de ADN Context-Aware Mobile Solutions en el que expone que comparte la denuncia consistente en que por parte del órgano de contratación se alteraron las bases conforme a las que se formularon las ofertas en el sentido de proscribir de manera injustificada y con carácter sobrevenido la subcontratación como fórmula a través de la cual articular la propuesta de colaboración con centros de investigación, remitiéndose a los argumentos hechos valer por la misma en el recurso 387/2017. Además añade que a la vista del recurso de Datik resulta palmario que se ha vulnerado el secreto de las ofertas tal y como ya denunció en su recurso, al haber incluido la misma información sobre un criterio valorable mediante fórmulas o porcentajes en los sobres 1 y 2. Por último indica que *“la reclamación de Datik insiste en que el compromiso de participación del INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN DEL AUTOMOVIL (INSIA-UPM) con FUNDACIÓN TECNALIA RESEARH&INNOVATION debió ser tenido en cuenta (documentos 4 y 5 de su escrito). Sin reparar en que el compromiso del INSIA-UPM no lo es con el licitador, sino con FUNDACIÓN TECNALIA RESEARH&INNOVATION (...).”* Indica que la referencia al alcance de la propuesta técnica debiera haber motivado la exclusión tanto de la recurrente (Datik) como de la adjudicataria. Por último analizando las alegaciones de la recurrente respecto del coste del ciclo de vida indica que el PCAP describía de forma insuficiente el criterio a lo que ha seguido una aplicación extraña del mismo, como se indicó asimismo en su reclamación.

Asimismo se ha recibido escrito de alegaciones de ETRALUX el día 8 de enero en el que se indica que la recurrente incluyó información relativa a los criterios evaluables mediante fórmula en el sobre 1 de documentación administrativa lo que permitió al órgano de contratación conocer de antemano dicha información, lo que implica una vulneración del artículo 1 del TRLCSP, por lo que considera que su oferta debió ser excluida. Asimismo indica que su oferta fue adecuadamente valorada en cuanto al concepto coste de ciclo de vida y que la aplicación a su oferta del criterio de colaboración con centros de investigación o empresas no puede ser objeto bajo ningún concepto de reclamación alguna, puesto que aquella fue valorada con 0 puntos en este criterio. Concluye que el órgano de contratación ha dado estricto cumplimiento a la normativa aplicable a la valoración de las ofertas por lo que solicita la desestimación del recurso.

Solicita en consecuencia que se estime la reclamación, pero no con el alcance que pretende la reclamante sino que se excluya su proposición por desvelar el secreto de las ofertas cuestión que afirma también incurre en la adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 la presente reclamación.

Segundo.- Especial examen exige el plazo para la interposición de la reclamación a la vista de las alegaciones del órgano de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 105.2 de la LCSE *“El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la*

licitación del contrato en el «Diario Oficial de la Unión Europea» cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.”

En este caso la notificación de la adjudicación a los licitadores se produjo el día 17 de noviembre habiéndose interpuesto el recurso el día 12 de diciembre de 2017, por lo tanto teniendo en cuenta tal *dies a quo*, la reclamación se interpuso en plazo. No obstante el órgano de contratación aduce que habiéndose publicado la adjudicación del contrato en la página web de la EMT el día 8 de noviembre, el plazo debe comenzar a computar desde dicho día.

Del tenor literal del precepto transcrito resulta que cuando la reclamación se interponga contra la convocatoria de la licitación o los pliegos por los que se rige, el *dies a quo* del plazo se sitúa en la publicación en el DOUE, para el resto de los actos susceptibles de reclamación el indicado artículo parece establecer un régimen alternativo, o bien desde el anuncio del acto (en este caso la adjudicación en el perfil de contratante) o bien desde que se tenga conocimiento del mismo, lo que en la generalidad de los supuestos ocurrirá con la notificación, invirtiéndose aquí el sistema respecto de lo previsto para el recurso especial en que el plazo comienza a computar desde la remisión de la notificación. Opta por tanto la ley por el sistema de *actio nata* clásico en nuestro ordenamiento.

El carácter alternativo del sistema conduce a considerar que solo opera como *dies a quo* aquel en que se tenga conocimiento de la infracción (esto es la recepción de la notificación) cuando no se haya procedido previamente a su publicación en el portal puesto que no puede dejarse al albur de los eventuales reclamantes utilizar una u otra fecha.

Además, el artículo 83 solo prevé como medio de comunicación de la adjudicación de los contratos su notificación motivada, por lo que debe considerarse

que el *dies a quo* del plazo es aquel en que se tiene conocimiento de la infracción, en este caso, el día 17 de noviembre por lo que el recurso se interpuso en plazo.

Tercero.- En cuanto a la legitimación de la reclamante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*.

En este caso la reclamante de acuerdo con el informe de adjudicación de 16 de octubre de 2017, quedó clasificada en cuarto lugar con un total de 46,67 puntos frente a los 67,42 de la adjudicataria, esto es les separa una diferencia de 19,75 puntos. En su reclamación se solicita que se modifique la puntuación que le ha sido otorgada en los criterios propuesta de colaboración con centros de investigación (5 puntos), propuestas presentadas para desarrollos en cooperación con distintas empresas (10 puntos) coste del ciclo de vida (5 puntos), criterios en los que la reclamante obtuvo 0 puntos, lo que supone un total de 20 puntos, de forma que en el caso de estimarse la reclamación íntegramente en todos sus argumentos, podría obtener la adjudicación del contrato.

Cuarto.- La reclamación se dirige contra la adjudicación de un contrato de servicios con código CPV 73300000-5, Diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo, con un valor estimado de 1.499.498 euros, del Anexo II A de la LCSE, categoría 8, que supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma al ser su valor estimado superior a 418.000 euros.

Quinto.- El fondo del asunto se contrae a determinar si la valoración de los criterios recogidos en el apartado J 1.c) Coste del ciclo de vida, J 2 y J 3 es ajustada a derecho.

Con carácter previo debe hacerse una mención al contenido de las alegaciones efectuadas en este recurso por ADN, ya que dicha licitadora en

compromiso de UTE con IECISA carecería de legitimación en orden a la obtención del pronunciamiento que solicita en su escrito de alegaciones de exclusión de la oferta de la reclamante (decisión que además implicaría un supuesto de *reformatio in peius* no permitido en nuestro ordenamiento), como así se ha indicado en la Resolución 3/2018, de 3 de enero de este Tribunal al contar con la oposición expresa a su reclamación de la empresa con la que concurre en compromiso de UTE, IECISA.

Cabe destacar en primer lugar que para que la reclamación prospere y la reclamante ostente legitimación *ad causam*, es preciso estimar todas y cada una de las pretensiones hechas valer para obtener un total de 20 puntos.

La argumentación relativa a la valoración de la colaboración tanto con instituciones como con empresas es común. Aduce la reclamante que en ambos casos acreditó suficientemente dicha colaboración por lo que deberían haberse concedido 5 puntos por la colaboración con centros de investigación y 10 por la cooperación con distintas empresas.

Como se ha recogido en el relato fáctico de la presente Resolución, el PCP establece que se otorgarán 5 puntos a aquellas propuestas en las que colaboren centros de investigación o universidades. También que se otorgarán 10 puntos a aquellas propuestas que vayan suponer desarrollos en cooperación con distintas empresas. En cuanto a la interpretación que debe darse a los elementos a valorar en relación con estos criterios, la Secretaría General del Área de Contratación en el informe que se incorpora al Acta del día 7 de octubre, que recoge la respuesta a las preguntas efectuadas, señala:

- Que el compromiso de subcontratación con centros de investigación o universidades o con empresas, no deben ser consideradas como colaboración o cooperación de cara a otorgar la puntuación correspondiente, dado que la subcontratación conlleva necesariamente la preeminencia de una parte, en este caso el contratista principal, sobre el tercero que debe realizar las prestaciones que

supongan la subcontratación.

- Que la colaboración se acreditará aportando una carta de compromiso del centro de investigación de participación en el proyecto.
- Que en ambos casos (colaboración y cooperación) EMT siempre exigió la existencia de un acuerdo de colaboración o cooperación y, en ningún caso, la existencia de un contrato (subcontrato).
- Que una UTE formada por dos empresas, sean o no del mismo grupo, será considerada como un único licitador sin que la concurrencia de dos o más empresas en su formación pueda considerarse “cooperación”.

En la oferta de la reclamante se aporta una declaración de la empresa Irizar que textualmente indica *“que Irizar S. Coop está interesada en cooperar con Datik información inteligente S.L en el proyecto Efibus: sistema de conducción eficiente del procedimiento de contratación 17/104/2 de la EMT según los alcances de la memoria técnica”*.

El informe del órgano de contratación sostiene que en la memoria técnica a que se remite el documento transcrito se hace solo una *“escueta descripción de las labores que acometerá Irizar, cuando lo que se exigía como documentación a incluir dentro del sobre nº 3, era un escrito de compromiso donde, como se publicó en las preguntas y aclaraciones formuladas sobre esta y otras cuestiones, se detallasen los términos de la cooperación (detallar no significa enumerar) para el desarrollo del producto”*.

Respecto de la colaboración con instituciones o universidades aporta dos documentos una declaración de la Fundación Tecnalia Research & Innovation, con idéntica redacción que la anterior, y un compromiso de participación suscrito por el Instituto universitario de Investigación del Automóvil (INSIA-UPM) en los siguientes términos: *“en virtud de lo dispuesto en el pliego de condiciones elaborado por la EMT de Madrid el Instituto universitario de Investigación del Automóvil (INSIA -UPM), participará en la ejecución del proyecto **como entidad subcontratista de Tecnalia***

según el alcance descrito en la propuesta técnica”.

Señala el órgano de contratación en su informe respecto de la propuesta de cooperación con institutos o universidades INSIA-UPM que *“es claro que no se puede valorar como cooperación un documento en el que se haga referencia a la colaboración de una determinada entidad que, para llevar a cabo la parte del proyecto correspondiente, lo hará mediante la subcontratación de otra entidad, intentando hacer valer esta fórmula como de colaboración y pretender que se le valore de conformidad con lo establecido en el apartado J del Anexo I del Pliego de Condiciones, por estar diferenciadas en el Pliego de Condiciones”.* Así mismo indica que se considera que se está alterando el espíritu del pliego al actuar la Fundación Tecnalia como mero intermediario entre Datik y el INSIA.

Interesa comenzar recordando que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. Este criterio ha sido recogido en diversas resoluciones por este Tribunal señalando que *“los pliegos reguladores de la licitación constituyen la ley del contrato, como viene reiteradamente afirmando la jurisprudencia, siendo éstos el elemento reglado que permite un control posterior de la misma, lo que supone que la Administración no puede alterar unilateralmente las cláusulas de los pliegos en perjuicio de los licitadores y que los licitadores deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso, presentar su oferta conforme a los requisitos técnicos contenidos en éstos y que en caso de no hacerlo deban ser excluidos de la licitación”.*

Esta vinculación, en cuanto a la Administración, supone que no es posible alterar o relativizar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores y, por tanto, la valoración realizada por la misma ha de ajustarse a lo previsto en los mismos. Respecto de los licitadores supone que deben

cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso, realizar la oferta con sujeción a las especificaciones técnicas efectuadas en el PPT.

Del contenido de las respuestas ofrecidas a las preguntas planteadas se desprende que mediante las mismas no se ha producido una modificación de los pliegos, sino que se han concretado los aspectos a considerar en la valoración de los criterios controvertidos. Es cierto que no existe una respuesta categórica a la posibilidad de que la cooperación sea una forma de subcontratación, ya que se responde indicando que se deberá aportar un acuerdo de cooperación. Ahora bien el núcleo de la cuestión no es tanto si se pretende o no subcontratar, sino en el caso la colaboración con universidades e instituciones, que la colaboración es a través de una empresa tercera Tecnalia a través de una subcontratación, lo que excluye la idea de colaboración directa entre el instituto y la reclamante. Considera por tanto este Tribunal que la interpretación efectuada por el órgano de contratación y por ende la valoración del criterio “colaboración con instituciones o universidades”, es adecuada a derecho al no resultar incontrovertida y clara la colaboración que se oferta.

En cuanto a la falta de detalle de la memoria técnica, a la que se remite el acuerdo, lo cierto es que en la respuesta efectuada si bien sí se indica que se deberá detallar, no se definen al menos de forma esquemática los elementos que deberían formar parte del detalle exigido, por lo que considera este Tribunal que la no valoración del compromiso, se compadece mal con el carácter objetivo que deben tener durante todas las fases del procedimiento de licitación (tanto en su definición, como en su aplicación), los criterios de adjudicación. Esto no obstante, esta conclusión debe apreciarse junto con el otro criterio relativo a la cooperación, cuya valoración se considera adecuada.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo, lo que determina que al no obtener 5 de los 20 puntos que precisa para obtener la adjudicación no sea preciso el examen del resto de los argumentos hechos valer por la reclamante.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 la reclamación en materia de contratación interpuesta por don I.O.L., en nombre y representación de DATIK Información Inteligente, S.L., contra la adjudicación del contrato “EfiBUS: Sistema de ayuda a la conducción eficiente”, expediente de contratación 16/104/2, promovido por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106 de la LCSE.

Tercero.- Levantar la suspensión mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 21 de diciembre de 2017.

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 108 de la LCSE.