

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

En Madrid, a 18 de febrero de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.G.G., en nombre y representación de Clece, S.A. y don J.M.R., en nombre y representación de Gas Natural Servicios SDG, S.A., contra la Resolución de la Gerencia de la Universidad de Alcalá, de fecha 12 de enero de 2015, por la que se adjudica el contrato de colaboración entre el sector público y el privado para la realización de una actuación integral que suponga una mejora de la eficiencia energética en el ámbito de la iluminación en los edificios, instalaciones y viaria de la Universidad, número de expediente: 113 CSP/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 16 y 17 de octubre de 2013, se publicó en el DOUE, en el Perfil de contratante de la Universidad y en el BOE el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un presupuesto máximo de licitación de 2.500.000 euros, (el valor estimado del contrato se fija en el documento de Condiciones Económicas en 5.700.000 euros, si bien tras la aclaración por el órgano

de contratación este ascendería a 5.181.818,19 euros) IVA excluido, a adjudicar por el procedimiento de diálogo competitivo.

Una vez recibidas las solicitudes de participación, de cuatro licitadoras, entre ellas las recurrentes en compromiso de UTE, solo pasaron a la fase de diálogo competitivo las actuales recurrentes y la adjudicataria del contrato, si bien consta en el expediente que una de las licitadoras no admitidas, interpuso recurso de alzada contra su exclusión, que fue estimado por el Rector de la Universidad con fecha 23 de enero de 2014.

Una vez definida la solución a adoptar y tras haber declarado cerrado el diálogo competitivo, se elabora el documento de Condiciones Económicas en octubre de 2014. De acuerdo con el mismo, el contrato tiene por objeto el suministro de energía con los servicios de implantación, gestión y mantenimiento de las infraestructuras necesarias para la mejora energética en los edificios, instalaciones y vías de la Universidad de Alcalá.

A los efectos del recurso interesa destacar que la cláusula 9, -“Criterios de valoración”-, del documento de Condiciones Económicas del procedimiento señalaba que *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 183.2 del TRLCSP, para la valoración de la oferta económica más ventajosa, se atenderá a una multiplicidad de criterios, todos ellos valorables mediante fórmulas matemáticas, a saber:*

9.1.- Precio (hasta 60 puntos): se otorgará la máxima puntuación a la proposición económica que ofrezca un mayor porcentaje de ahorro en términos de energía procedente de los consumos, puntuándose el resto de forma proporcional de la siguiente forma:

A - Si cualquiera de las ofertas presentadas alcanza un descuento igual al 15% o superior, se otorgarán los puntos totales (60) a dicha oferta y al resto se le puntuará de forma proporcional mediante la aplicación de la siguiente fórmula matemática:

$$\text{Puntos} = [1 - (\text{OMV} - \text{OF}) / \text{OMV}] * (\text{OF} / \text{OMV}) * 60 \dots$$

Se considerarán que pueden estar incursas en valores anormales o desproporcionados aquellas ofertas que ofrezcan más de un 15% de descuento”.

Segundo.- Con fechas 24 y 26 de noviembre de 2015, se presentan las ofertas por la recurrente, que ofrece un porcentaje de ahorro del 15% y de la adjudicataria que ofrece un porcentaje del 19%. La tercera de las licitadoras declina presentar oferta con fecha 26 de noviembre.

Encontrándose incursa en presunción de temeridad la oferta de la adjudicataria, fue requerida para presentar la correspondiente justificación de su viabilidad, lo que verificó mediante informe justificativo presentado el 3 de diciembre de 2014, a la vista del cual, el órgano colegiado de valoración declaró que quedaba plenamente acreditada la viabilidad de la oferta e informó positivamente a que se procediera al estudio y valoración de la solución final presentada por la empresa en la fase final del diálogo competitivo.

El 17 de diciembre de 2014, previo el correspondiente informe de valoración, se propone la adjudicación del contrato a la empresa Ferrovial Servicios SAU, a la que se requirió para que presentara la documentación necesaria para proceder a la adjudicación del contrato.

Una vez recibida la documentación, mediante Resolución de la Gerencia de la Universidad de Alcalá, de fecha 12 de enero de 2015, se adjudica el contrato a la empresa Ferrovial Servicios, S.A., lo que se publicó en el Perfil de Contratante de la Universidad el mismo día 12 de enero de 2015, notificándose dicha adjudicación asimismo por correo electrónico a las licitadoras, también ese mismo día.

Tercero.- Con fecha 29 de enero de 2015, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 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, se interpuso recurso especial en materia de contratación por

Clece y Gas Natural SDG,- que concurrían en compromiso de UTE-, ante este Tribunal que lo comunicó al órgano de contratación ese mismo día requiriéndole para que aportara el expediente y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCPS, lo que se verificó el día 2 de febrero de 2015.

En el recurso se solicita que se anule la resolución de adjudicación a favor de Ferrovial Servicios, al haberse valorado su oferta económica modificando las condiciones establecidas en la cláusula 9 del Documento de Condiciones Económicas del procedimiento, y subsidiariamente que se excluya la oferta de la adjudicataria por distintos incumplimientos, que se examinarán con el fondo del recurso.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo remitido junto con el expediente administrativo afirma, en síntesis, que la valoración y la asignación de puntos por el criterio precio se hizo respetando los criterios del Documento de Condiciones Económicas, debiendo considerarse que la pretensión de la recurrente es contraria al principio de selección de la oferta económicamente más ventajosa. Asimismo respecto del resto de pretendidos incumplimientos en la oferta de Ferrovial, considera que la misma es viable en los términos del escrito de justificación y que cumple, en todos los aspectos controvertidos.

Solicita también que se imponga una multa a la recurrente por la manifiesta temeridad en la interposición del recurso, considerando la máxima urgencia que implica la tramitación del expediente de la que depende el abono de un convenio con el MINECO para financiar el objeto del contrato. Así mismo solicita al Tribunal que se pronuncie sobre cómo actuar en los casos en que se pide acceso al expediente con el objeto de preservar la eventual confidencialidad de la oferta.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiéndose presentado alegaciones por Ferrovial Servicios, S.A, (en adelante Ferrovial) el 11 de febrero de 2015, en las que aduce, en síntesis, que el

proceso de diálogo competitivo se ha realizado de conformidad con la normativa aplicable y sin que en ningún momento hayan sido objeto de impugnación, por ninguno de los licitadores, las decisiones del órgano de contratación durante mismo, siendo así que las recurrentes a lo largo del proceso no han impugnado ni una sola decisión del órgano de contratación, sin embargo, es cuando no han resultado adjudicatarias cuando tratan, sin justificación alguna, de desvirtuar un proceso largo y complejo que ha cumplido con la legalidad vigente. Se oponen a cada uno de los motivos esgrimidos por las recurrentes como fundamento de su recurso, en los términos que se expondrán al examinar las cuestiones de fondo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto 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 presente recurso.

Segundo.- Clece y Gas Natural Servicios, SDG. S.A. ostentan la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de personas jurídicas *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo resulta acreditada la representación de los firmantes del recurso.

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 notificado la Resolución de adjudicación a todas las licitadoras el día 12 de enero 2015, y siendo interpuesto el recurso el día 29 de enero de 2015 el mismo se presentó en plazo.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 5.181.818,19 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso sometido al Tribunal, se solicita que se anule la Resolución de adjudicación aduciendo de un lado motivos atinentes a la valoración de la oferta efectuada por la adjudicataria y de otro pretendidos incumplimientos del Documento de Condiciones Económicas que a juicio de las recurrentes justificarían su exclusión.

Por lo que se refiere a la valoración de la oferta económica presentada por la recurrente, esta alegación se basa en el contenido de la cláusula 9 del Documento de Condiciones Económicas y su interpretación, entendiéndose que tanto su oferta como la de Ferrovial debieron obtener el máximo de sesenta puntos, en lugar de conceder los sesenta puntos a Ferrovial, y aplicar a la oferta de Clece S.A y Gas Natural Servicios SDG la fórmula matemática proporcional, a resultados de la cual obtuvieron 37,40 puntos, por considerar que de acuerdo con la interpretación literal del documento de condiciones económicas, los sesenta puntos debían otorgarse en todo caso por un porcentaje de ahorro igual al 15% o superior, ya que *“desde el momento en el cual Clece S.A. y Gas Natural Servicios SDG ofertan un ahorro del 15%, se encuentran en la categoría de ahorro igual al 15% o superior, y no en la que se define como resto de licitadores a los que será de aplicación la fórmula matemática proporcional, por lo que debieron otorgarse sesenta puntos por este concepto a Clece S.A. y Gas Natural Servicios SDG.”*

El Órgano de contratación por su parte afirma que desde el primer momento se establece que la puntuación más alta se otorgará a aquella proposición que ofrezca un mayor porcentaje de ahorro, siendo claro que la voluntad de la Universidad es que no puedan obtener el máximo de puntos (60) las ofertas que no ofrezcan como mínimo un 15%. A lo que añade que ello queda claro en la respuesta a la consulta efectuada por Ferrovial *“Efectivamente queda claro que se valorará hasta 60 puntos la proposición económica que ofrezca un mayor porcentaje de ahorro para la Universidad en términos de energía procedente de los consumos. No obstante, se considera que la viabilidad económica del proyecto se vería seriamente comprometida si dicho porcentaje fuese superior al 15%, y por lo tanto se establece que cualquier oferta que plantee un porcentaje superior al 15% se podrá considerar desproporcionada o temeraria a los efectos previstos en la Ley. (...)”*.

Ferrovial en su escrito de alegaciones afirma que las recurrentes hacen una interpretación subjetiva y parcial de la Cláusula 9 del Pliego en contra de su tenor literal, y con el único objetivo de que su oferta se puntúe con la puntuación máxima de 60 puntos, confirmando tras su análisis la correcta aplicación de la misma por parte del Órgano de contratación.

Sentadas las posiciones de las partes, como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones, debemos recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna”*. De igual modo en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer que *“el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes”*.

En este caso es el Documento de Condiciones Económicas el que contiene los elementos rectores de la licitación, recayendo por lo tanto en el mismo la condición de “ley del contrato”. Cabe indicar en primer lugar que dicho documento no fue recurrido aduciendo la falta de concreción u oscuridad en cuanto a la fórmula para valorar las ofertas económicas, de manera que, en principio, la recurrente debe estar y pasar por el contenido del mismo, siendo preciso por tanto examinar aquél a efectos de concluir si el Órgano de contratación se ha separado o no de dicha fórmula contraviniendo, como se afirma en el recurso, el contenido de aquel.

Junto con la sujeción de los intervinientes en el proceso de licitación a su documento rector, debe tenerse en cuenta que en la valoración mediante el criterio precio, se trata de trasladar a la puntuación el esfuerzo que constituye la bajada del precio ofertado respecto del importe de licitación, en correlación con la obligación de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa (STJUE Gebroeders Beentjes BV, de 20 de septiembre de 1988, As. 31/87). De manera que cualquier interpretación necesariamente debe tener en cuenta este parámetro de reflejar el esfuerzo económico en la oferta, en el resultado consistente en la asignación de la puntuación correspondiente.

En este sentido la Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2013 (Asunto T-402/06), señala *“procede recordar que, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios -y, de manera análoga, el artículo 30, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras- deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, esa elección sólo puede recaer en criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 59, y la jurisprudencia allí citada). Pues bien, la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la*

calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (...)”.

En el caso que ahora nos ocupa la cláusula 9 cuya aplicación constituye el objeto del presente recurso, es suficientemente clara en su literalidad, “*se otorgará la máxima puntuación a la proposición económica que ofrezca un mayor porcentaje de ahorro*”. No es contradictorio con lo anterior lo señalado en el apartado A de la misma, “*Si cualquiera de las ofertas presentadas alcanza un descuento igual al 15% o superior, se otorgarán los puntos totales (60) a dicha oferta*”, de lo que se desprende con claridad que la oferta a la que pueden asignarse los 60 puntos es aquella que sea igual o superior al 15% de ahorro,- tal y como resulta de la expresión “dicha oferta” en singular-. Luego la aseveración de las recurrentes de que ambas ofertas,-la del 15 y la del 19%- , deberían recibir 60 puntos, carece de toda fundamentación, puesto que la expresión “o superior” deja suficientemente claro que el 15% es la referencia al umbral de temeridad, sin perjuicio de que si existe una oferta superior a dicho 15%, obviamente debe obtener la máxima puntuación, so pena de conculcar el principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, al menos en relación con el criterio precio. En resumen, la oferta más baja ha de ser la que, en cuanto al precio, reciba la mayor puntuación.

Es cierto que las ofertas reciben un tratamiento distinto en dicha cláusula 9 según se oferte un 15% o más de porcentaje de ahorro, puesto que se indica que solo dicha oferta obtendrá la máxima puntuación asignándose el resto de puntos de forma proporcional aplicando la fórmula que se establece, pero no lo es menos que dicho tratamiento es el común para todas las fórmulas proporcionales de valoración del precio, en las que se residencia el punto a partir del cual se aplican los puntos proporcionalmente en la oferta más ventajosa. Otra cosa es que, como ocurre en el presente caso, se considere incursas en valores anormales o desproporcionados aquellas ofertas que ofrezcan más de un 15% de descuento, y se haya situado, con una técnica no muy acertada, pero perfectamente legal, la probabilidad de mayor oferta en dicho porcentaje.

Por otro lado esta interpretación de la cláusula 9.1 se había visto corroborada por el propio órgano colegiado de evaluación que, el día 6 de noviembre de 2014, en respuesta a las dudas planteadas por los licitadores, en concreto respecto de la pregunta 3 sobre los criterios de valoración en relación con el precio señala expresamente: *“Precio: no hay error. Efectivamente, queda claro que se valorará hasta 60 puntos la proposición económica que ofrezca un mayor porcentaje de ahorro para la Universidad, en términos de energía procedente de los consumos (...)”*. Si bien la respuesta a esta cuestión ha sido considerada en su recurso por la recurrente como una modificación de los pliegos, cabe señalar que aun de ser así y dado que las respuestas fueron conocidas por todos los licitadores, y que la misma tal y como se ha expuesto es categórica y no deja lugar a dudas de cómo aplicar la puntuación al criterio precio, pudo haber sido objeto de impugnación por las ahora recurrentes. Todo ello sin perjuicio de que como hemos avanzado, dicha interpretación no fuerza la literalidad de la cláusula 9 del documento de condiciones económicas y por lo tanto a juicio de este Tribunal no la modifica.

Cabe traer a colación la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2010, de la Comisión Nacional de la Competencia, al afirmar que *“La puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato. Por ejemplo, si la máxima puntuación por este concepto no se otorga a la oferta de precio o tarifa más bajas, sino a aquella cuyo nivel de precio o tarifa se aproxima más a la media aritmética de las ofertas presentadas, se está desaprovechando la oportunidad de conseguir ofertas más agresivas, al tiempo que se fomenta el riesgo de alineamiento de las ofertas por encima del precio competitivo”*.

A ello cabe añadir que no es adecuado fijar un porcentaje o una cantidad en relación con criterios de valoración objetivos a partir de los que no se aplicarán puntos, o límite de saciamiento, porque ello no atiende a la consecución de la oferta

más ventajosa, que es lo que ocurriría con la interpretación de la recurrente, puesto que todas las licitadoras conocerían que para obtener la máxima puntuación en el criterio cuantitativamente más importante bastaría con ofertar el porcentaje máximo del 15%, con lo que a la postre se anularía el efecto de este criterio.

En relación con esta cuestión el Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón señala que “ *tampoco sería correcta la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes. Y ello porque, lógicamente, se incumple la regla de ponderación proporcional y se limita la economía de escala de las proposiciones, lo que contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa*”.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

Sexto.- Debe examinarse ahora el incumplimiento aducido por las recurrentes y que a su juicio, deberían haber determinado la exclusión de la adjudicataria, relativo al concepto precio/año de la oferta.

Se afirma en primer lugar que la oferta de Ferrovial Servicios debió ser objeto de exclusión, al no haberse ajustado a lo establecido en el Documento de Condiciones, en lo relativo al precio/año, ni en su oferta ni en la justificación de la viabilidad de la misma al estar incurso en presunción de temeridad, puesto que ofrece ceder un 19% del ahorro obtenido, considerando unos ingresos un 7,1% inferiores a los del Documento de Condiciones, es decir 427.590,02 euros/año en lugar de 460.330,58 euros/año, partiendo de un valor de ahorro energético incorrecto, superior al establecido en el pliego. Este ahorro energético que contradice al fijado en el pliego no está justificado de ninguna forma en el escrito de

aclaración de 3 de diciembre de 2014, ni desde luego en su oferta inicial, según afirma la recurrente.

Por su parte el Órgano de contratación manifiesta que considera correcta la justificación de la oferta por parte de Ferrovial, explicando que las ofertas económicas presentadas por las empresas no establecen ningún precio/año, como parecen apuntar las recurrentes, sino que se limitan a manifestar el porcentaje de ahorros sobre el consumo que corresponde a la Universidad. Añadiendo que el importe que se refleja en el documento y la distribución por años, como bien se dice en el Documento de Condiciones Económico Administrativas y Técnicas, tienen el carácter de máximos y que *“Para hacer posible la medida de los ahorros a obtener se establecen dos bandas, la superior, correspondiente al precio medio de la energía que en cada momento esté vigente en los contratos de suministro entre la Universidad y la comercializadora y la inferior, que se establece únicamente “para que sea viable la renovación del 100% de los alumbrados exterior e interior y se pueda garantizar la viabilidad del proyecto, y salvaguardar las inversiones que deben realizar las empresas”, determinándose que “el precio mínimo de la energía activa, incluido el impuesto eléctrico y excluido el IVA queda establecido en 0,1343 € kW/h,” es decir, que ese precio mínimo se establece únicamente para proteger la inversión de la empresa adjudicataria en el caso, improbable pero posible, de que el precio de la luz se desplome.”*

Por último Ferrovial señala que este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos, sin embargo, las recurrentes articulan este mecanismo procedimental pretendiendo que este Tribunal realice una nueva valoración del escrito de justificación de baja temeraria, *“por lo que, partiendo de la base de que en el presente caso no ha habido error, ni arbitrariedad, ni defecto procedimental en la decisión del Órgano de Contratación debe entenderse que las conclusiones aducidas en el Informe técnico, en su conjunto, son lo suficientemente sólidas sin que los argumentos aducidos por las recurrentes permitan desvirtuar la conclusión alcanzada por el Órgano de Contratación (...).”*

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 52/2012, o la Resolución 83/2013) *“La decisión sobre la viabilidad de la oferta en base a la justificación presentada corresponde al órgano de contratación. Hay que tener en cuenta que según lo dispuesto en el apartado 4 del citado artículo 152 corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión”*. De manera que si bien es cierto como aduce la alegante, que este Tribunal no puede realizar una nueva valoración o apreciación de la viabilidad de la oferta, sí que puede examinar la justificación y su apreciación bajo los parámetros que constituyen elementos reglados del control de la discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación.

Sentado lo anterior cabe indicar, en primer lugar, que es cierto como aduce el Órgano de contratación que el defecto que las recurrentes imputan a la oferta de Ferrovial Servicios, en modo alguno se detecta respecto de la oferta, puesto que como ha comprobado este Tribunal en la oferta económica no se precisa la inclusión más que del porcentaje de ahorro que se cede, siendo únicamente en la justificación de la viabilidad de la oferta en que se recoge el dato.

El Documento de Condiciones Económicas fija en su cláusula 5 el valor estimado del contrato en 5.700.000 euros a tanto alzado de acuerdo con los costes medios finales aproximados facilitados por las empresas participantes en el diálogo competitivo, fijándose el precio final de forma aproximada ya que su importe real será el que resulte de multiplicar los kw de ahorro por el precio unitario que en cada momento proceda a lo largo de los 10 años de duración del contrato. Además debe tenerse en cuenta de acuerdo con la cláusula 8 que el adjudicatario percibirá una

cantidad fija de 700.000 euros en concepto de inversiones, y que el ahorro por disminución de potencia corresponderá 100% a la Universidad, siendo por tanto la oferta el reparto del porcentaje de ahorro en términos de energía procedentes del consumo.

En cuanto al abono del precio la cláusula 20 establece, además del importe abonable contra certificación de los 700.000 euros de inversiones, que se abonará mensualmente el resultado de multiplicar el precio medio del KW/h por los KW/h ahorrados.

Por su parte en el documento de justificación de la viabilidad de la oferta Ferrovial considera que el ahorro máximo total, una vez realizadas las inversiones será de 3.930.669,53 Kwh.

No se establece un porcentaje máximo de ahorro a considerar como parece haber entendido la recurrente, ni el umbral de temeridad del 15% puede ser considerado tampoco, como tope máximo a ofertar, - siendo aquí donde parece que la recurrente ha padecido un error de interpretación en coherencia con el motivo examinado en el fundamento anterior,- puesto que como ya hemos indicado en el mismo, dicho porcentaje solo indica el umbral a partir del cual los licitadores deberán justificar la viabilidad de la oferta. La posibilidad de ofertar la cesión del ahorro de consumo por encima del 15% implica una distinta distribución de las cantidades a percibir por la Universidad y el adjudicatario, pero en modo alguno afecta a la viabilidad del contrato.

Siendo esto así, y siendo la función del Tribunal meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, sin sustituir el juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento o no, que como ya se ha dicho corresponde al Órgano de contratación, el Tribunal sí puede considerar como elementos de control, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda

posibilidad de arbitrariedad, sin que en este caso se observe la vulneración de ninguno de los indicados parámetros en relación con el aspecto puesto de manifiesto por las recurrentes.

Debe por tanto desestimarse asimismo el recurso por este motivo.

Séptimo.- Resta examinar los incumplimientos atinentes a cuestiones técnicas de la oferta.

1. El primero de los incumplimientos de tipo técnico cometidos por la adjudicataria a juicio de las recurrentes, es el consistente en la falta de aportación de una plataforma elevadora de 10 m, exigida según se afirma en el pliego de condiciones técnicas, apartado III.6, que debería ser determinante de la exclusión de la oferta de la adjudicataria, ya que la plataforma ofertada solo alcanza 6 m. de altura.

El Órgano de contratación señala que la interpretación que el recurrente hace de lo escrito es claramente errónea, ya que los trabajadores de la empresa adjudicataria dispondrán “de una plataforma elevadora, andamios homologados (al menos una unidad homologada que permita el trabajo hasta 10 m. de altura) y las escaleras manuales suficientes para desarrollar las tareas de mantenimiento y trabajos en altura ... “unidad homologada que permita el trabajo hasta 10 m. de altura” se refiere a los andamios (homologados, por ende) y no a las plataformas ni a las escaleras manuales ni a ninguna otra cosa. La adjudicataria se manifiesta en el mismo sentido añadiendo que en todo caso además, en el punto 1.8.5. Medios técnicos y Auxiliares, de la memoria técnica de su oferta, se indica que: *“Esta relación de maquinaria no está cerrada, ya que Ferrovial Servicios se compromete al incremento de la maquinaria y medios auxiliares necesarios para el cumplimiento de la programación que se establezca y las obligaciones que se contemplan en el contrato.”*

Comprobado el texto del punto III.6 del Documento de Condiciones, este Tribunal considera que del mismo no puede extraerse en modo alguno, como pretenden las recurrentes, que se exigiera la plataforma de la altura indicada, sino que como señala el Órgano de contratación de la lectura de la cláusula se desprende que dicha altura se refiere a los andamios homologados puesto que el paréntesis que contiene el texto al que aclara se encuentra situado inmediatamente después del concepto andamios homologados, de lo que debe inferirse que al menos uno de los andamios homologados debe permitir trabajos en altura a más de 10 m., sin que ello sea predicable del resto de elementos de la enumeración, plataforma o escaleras manuales.

Debe por tanto desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

2. Se considera que la oferta se aparta del pliego de condiciones, asimismo, por lo que se refiere al tiempo de respuesta para averías, que según se explica en el recurso no debe exceder de dos horas, sin embargo se aduce que en la oferta de Ferrovial no se encuentra explicitado este compromiso.

Como más arriba se ha indicado, los pliegos deben considerarse la ley del contrato y vinculan a los licitadores y partes en el contrato una vez celebrado el mismo, por lo que la simple presentación de la oferta implica el sometimiento a sus condiciones en su integridad, sin que sea preciso, salvo en aquellas cuestiones que formen parte de la oferta o de un proyecto técnico valorable, hacer referencia a todas y cada una de tales obligaciones o exigencias, y sin que ello implique incumplimiento de las mismas, ya que la oferta no contiene ningún dato que pueda ser considerado como contradictorio con dicha obligación, máxime en contratos de la complejidad técnica como el que nos ocupa.

La misma conclusión es aplicable al pretendido incumplimiento alegado por las recurrentes en relación con la reparación antes de 48 horas de las lámparas y luminarias que emitan un flujo luminoso inferior al mínimo correspondiente al final de

la vida útil del contrato, exigido en el apartado III.9.2 del Documento de Condiciones Económico Administrativas y Técnicas y respecto de la obligación de realización de una campaña anual de medición de la calidad lumínica prevista en el apartado III.3.1.

Debe por tanto desestimarse el recurso en relación con tales motivos.

3. Se alega asimismo que la oferta de Ferrovial incumple con el contenido mínimo de la Memoria exigido en el apartado I.B.3.1 del Documento de Condiciones Económico Administrativas y Técnicas, por lo que se refiere a los cálculos lumínicos, ya que al menos en 23 de los mismos no se especifica, ni la clasificación de la vía ni el cumplimiento de la normativa.

Respecto de esta cuestión afirma el órgano de contratación que *“esta afirmación es rotundamente falsa”*, explicando que *“El apartado 1.1.1.3 del proyecto técnico presentado por Ferrovial Servicios incluye una clasificación de las vías en función de la velocidad de circulación como criterio principal, que es el establecido legalmente en la Instrucción Técnica Complementaria EA-02 del Reglamento de Eficiencia Energética en Instalaciones de Alumbrado Exterior, aprobado por RD 1890/2008.*

Así, la propuesta técnica establece una primera clasificación, que mediante otros criterios, tales como el tipo de vía y la intensidad media de tráfico diario (IMD), da como resultado una serie de subgrupos dentro de la clasificación anterior.

En función de estos criterios, los viales del campus universitario se clasifican en tres tipologías:

- Carreteras o avenidas principales, a las que se propone aplicar una clase de alumbrado ME-ME4b.*
- Vías estándar, a las que se propone aplicar una clase de alumbrado D3/D4-S3.*
- Caminos o calles peatonales, a las que se propone un alumbrado EI-S3.*

Dentro del Anexo II del Anexo IX (fichas técnicas), se recogen una serie de simulaciones de las vías y las luminarias previstas. Aunque en estas fichas no se especifica nominalmente el tipo de vía, por los dibujos y la descripción que se incluyen en ellas se deduce sin dificultad -al menos para esta Universidad- la correspondencia entre cada ficha y la clasificación anterior.”

Por su parte Ferrovial señala que lo afirmado es completamente falso adjuntando los documentos en que se encuentra la clasificación de las vías controvertida.

Este Tribunal comprueba que en la oferta técnica de Ferrovial se incluye un apartado 1.1.2 consistente en un inventario de las zonas donde se actúa, indicando todas las características de cada vía, incluyendo en el mismo una columna rubricada “Clasificación calzada”, en la que para cada calle se asigna el código ME 4b, o S3. Además en el punto 1.1.3 de la indicada oferta técnica, se explica el sistema de clasificación de las vías en la Instrucción Técnica Complementaria ES-02 del Reglamento de Eficiencia Energética, tanto a nivel de clasificación principal como de subgrupos, para a continuación explicar que se han clasificado los viales según tres tipos de vías, a saber, carreteras o avenidas principales (B1-ME 4b), vías estándar (D3/D4-S3) y calles o caminos peatonales (E1-S3). A su vez se especifican los parámetros tenidos en cuenta para asignar dicha clasificación. A continuación ofrece una tabla en la que se exponen los cálculos lumínicos que se identifican en forma de código de simulación relacionado en el Anexo II “Simulaciones”, para cada calle, o tramo de calle, identificadas con un número que se recoge en un plano y que a su vez se acompaña de una tabla para cada código en la que se hacen constar los datos resultantes de los estudios lumínicos, tales como luminancia media, uniformidad global, relación entorno, etc.

Es cierto que no todos los cuadros contienen los mismos elementos, pero en todos se aprecia la clasificación de la vía, ya que la misma se ofrece en combinación con otros datos relativos al alumbrado, de manera que el dato denominado

clasificación vía -alumbrado, aparece en todos los cuadros. Así por ejemplo para la calle 1, con el código de simulación UAU12BDAAEAAAACAUT01, se indica que el tipo de vía es S3, atinente según el Código Técnico traído a colación, a espacios peatonales de conexión, calles peatonales y aceras a lo largo de la calzada, paradas de autobús con zonas de espera o áreas comerciales peatonales con un flujo normal de tráfico de peatones. A su vez cada código de simulación se corresponde con un estudio lumínico que se acompaña al proyecto como anexo II “Simulaciones”.

No se aprecia por tanto el incumplimiento alegado por las recurrentes, que por otro lado, no especifican cuales son los 23 cálculos lumínicos en los que no se especifica el tipo de vía.

4. Otro de los incumplimientos hechos valer por las recurrentes es que *“La oferta de Ferrovial Servicios, instala el control Avanzado en los 7 edificios pero el básico solo en 26 edificios, incumpliendo el pliego ya que no lo instala en todos los edificios que no tengan control avanzado”*.

De nuevo el Órgano de contratación expone que el recurso obedece a una incorrecta interpretación del Documento de Condiciones, señalando que *“En realidad, el Documento de instrucciones no especifica más que los edificios que han de tener un control avanzado, y deja indefinido el número restante, pero advierte que todos los demás tendrán instalado un control básico, sin excepciones” (...)* Como el recurso no especifica qué edificios echa en falta en la relación, no podemos saber a qué se refiere.”

Ferrovial afirma que en el apartado 1.1.3.2 - II de la memoria de su oferta se indica que el control básico de iluminación se realizará sobre los edificios que enumera, que suman un total de 35, señalando que los edificios descritos e incluidos en la oferta presentada por Ferrovial Servicios, son los mismos que los edificios especificados en el correo electrónico de fecha 20 de diciembre de 2013 de la

Universidad de Alcalá. Por lo tanto, es más que notorio que su oferta cumple con lo especificado en el pliego de condiciones.

El Documento de Condiciones establece en su apartado II.2.5 relativo al puesto central de Telegestión, que se aplicarán dos posibles tipos de control al sistema de iluminación, el avanzado para los edificios que identifica y el básico para aquellos edificios, que no especifica, y que se consideran menos relevantes en consumo.

Este Tribunal comprueba que efectivamente en la oferta de Ferrovial Servicios apartado 1.5.1 del Proyecto Técnico se señala que *“implantará una solución global de monitorización, control y gestión de todos los centros de la Universidad de Alcalá de Henares”*, lo que en principio no permite considerar la existencia de incumplimiento alguno puesto que se trata de un compromiso genérico. Además las recurrentes no acreditan en modo alguno limitándose a realizar una aseveración genérica qué edificios son los que debiendo estar incluidos en el sistema de control básico no están comprendidos en la oferta de Ferrovial.

Debe por tanto desestimarse el recurso también en cuanto a este motivo.

5. Irregular aportación de documentación referida a la valoración de porcentaje de trabajadores discapacitados, pues el certificado que aporta Ferrovial ha sido emitido para un conjunto de sociedades pertenecientes al Grupo Ferrovial, pero sin determinar o especificar cuál es el porcentaje que corresponde concretamente a la licitadora Ferrovial Servicios.

Indica el órgano de contratación en su informe que en el certificado aportado por Ferrovial se acredita la consideración de Grupo Ferrovial como grupo de empresas a efectos del cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 38.1 de la Ley 13/82 y se constata que la empresa cumple, en el momento de su expedición, con dicha exigencia legal, puesto que dispone de un 3,14% de trabajadores

discapacitados en plantilla *“No se entiende por tanto cuál es el “defecto formal relevante” que el recurrente observa en este punto”*.

Ferrovial a su vez señala que resulta sorprendente la última de las razones por la que las recurrentes consideran que debe de ser excluida, pues se aportó la declaración incluida como Anexo V en idénticos términos a los del modelo, por lo que *“no se alcanza a entender qué pretenden las recurrentes con esta falsa alegación, que evidencia la mala fe de las recurrentes en la interposición del presente recurso, tratando de generar confusión, dado que está refiriéndose a supuestas exigencias que deberíamos de incluir en la declaración pero que sin embargo no figuran en el pliego”*.

En este punto cabe señalar que de acuerdo con la cláusula 12 del Documento de Condiciones, las licitadoras deberán incluir en el sobre 2 de su oferta una declaración responsable relativa al cumplimiento de las obligaciones que establece la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos (todavía vigente), de acuerdo con el modelo incorporado en el Anexo V, que contemplaba distintas opciones en función de la plantilla de cada empresa a marcar en cada caso. Dicho anexo a su vez contempla como supuesto primero, que fue el marcado por Ferrovial, la siguiente declaración *“De resultar adjudicataria se obliga a cumplir y acreditar la obligación de tener empleados durante la vigencia del contrato, trabajadores discapacitados en, al menos un 2 por 100 de la plantilla de la empresa dado que esta alcanza 50 o más trabajadores (art. 38.1)”*.

De acuerdo con el Documento de Condiciones, dicha obligación tiene la consideración de condición especial de ejecución del contrato, tal y como consta en su cláusula 17.1.D, cuyo incumplimiento durante la ejecución determinaría la resolución del mismo, en los términos de la cláusula 25 del mismo documento. De todo ello se deduce que las licitadoras debían presentar en el sobre 2 la declaración responsable del Anexo V, pero que el cumplimiento de las obligaciones sociales a

que se refiere dicha declaración solo es exigible y por tanto necesita acreditación, por parte de la adjudicataria del contrato, y durante toda la vida del mismo.

Así mismo debe destacarse que la obligación de acreditación puede verse cumplida por diversos medios al no especificarse nada al respecto, siempre que se trate de medios que permitan al órgano de contratación tener por veraz la información que se ofrece de forma indubitada.

Debe por tanto desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

Octavo.- Aunque no es objeto del presente recurso, el órgano de contratación solicita que el Tribunal se pronuncie sobre cómo actuar en casos sucesivos en relación con la forma de garantizar tanto el acceso a la información como la igualdad de trato.

En relación con esta cuestión Ferrovial considera que su oferta contenía información que podría ser considerada como confidencial, sobre todo en procedimientos como el que ahora nos ocupa de diálogo competitivo, y que por lo tanto el órgano de contratación no debería haberla puesto en conocimiento de la recurrente.

Si bien esta cuestión, como señalábamos no es objeto del recurso, en aras del principio de colaboración interadministrativa, debe señalarse que este Tribunal se ha pronunciado de manera expresa sobre la cuestión en diversas ocasiones, (Vid entre otras Resolución 203/2014, de 26 de noviembre dictada en el Recurso 191/2014), a cuyo contenido nos remitimos, debiendo destacarse en todo caso que de acuerdo con el Informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores”, *“la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular la oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad”*. En sentido análogo pueden tenerse en consideración

los más recientes informes de la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón 15/2012, y de la Generalitat de Cataluña 11/2013.

No constaba en este caso en el expediente que Ferrovial hubiera declarado la confidencialidad de su oferta en el momento de su presentación, por lo que la actuación de la Universidad resulta congruente con la actitud de la adjudicataria que en principio no manifestó interés en mantener dicha confidencialidad. Respecto de la posibilidad de que se le dieran expresamente alegaciones sobre esta cuestión, quizá en la aplicación del principio de prudencia hubiera sido aconsejable solicitar de las licitadoras que se pronunciaran sobre la confidencialidad de su oferta en el momento en que se solicitó el acceso, pero como hemos señalado, correspondiendo dicha solicitud a los licitadores y en el momento de presentación de ofertas, cualquier perjuicio que del examen del expediente pudiera seguirse a la adjudicataria, obedece a su propia actuación, antes que a la del órgano de contratación.

Noveno.- Por último solicita tanto la adjudicataria, como el órgano de contratación que se aprecie mala fe en la interposición del recurso y se imponga a la recurrente la multa correspondiente prevista en el artículo 47.5 del LTRLCSP. El apartado 5 del artículo 47 del TRLCSP establece que *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”*.

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 de casación 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”*. La Sentencia núm. 29/2007, de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.”*

Si bien los argumentos del recurso son endebles y parecen obedecer a una incorrecta interpretación del documento de condiciones en casi todos los motivos hechos valer, no resulta acreditada la mala fe necesaria para la interposición de la multa, ni tampoco aprecia este Tribunal temeridad en los términos antes expuestos para imponer la multa solicitada.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso formulado por don M.G.G., en nombre y representación de Clece, S.A. y don J.M.R., en nombre y representación de Gas Natural Servicios SDG, S.A., contra la Resolución de la Gerencia de la Universidad de Alcalá, de fecha 12 de enero de 2015, por la que se adjudica el contrato de colaboración entre el sector público y el privado para la realización de una actuación integral que suponga una mejora de la eficiencia energética en el ámbito de la

iluminación en los edificios, instalaciones y viaria de la Universidad, número de expediente: 113 CSP/2013.

Segundo.- Levantar la suspensión automática mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 4 de febrero de 2015.

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 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 TRLCSP.