

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

En Madrid, a 26 de agosto de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de OHL Servicios-Ingesan, SAU, que concurre en UTE con ACSA Obras e Infraestructuras, S.A.U contra Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se adjudica el contrato para las “Obras del nuevo servicio de oftalmología en el centro de especialidades Hnos. García Noblejas, dependiente del Hospital Universitario de La Princesa”, expediente nº PA 26/2021 HUP a la mercantil Seranco, S.A.U., este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 5 de mayo de 2021, el Servicio Madrileño de Salud publicó, en el Portal de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato de referencia, con un valor estimado de 3.504.212,73 euros.

Segundo.- Tras la tramitación del expediente de licitación, se dicta por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria resolución de adjudicación, publicada en el Portal de Contratación el 21 de julio de 2021.

Interesa destacar que según acta de la mesa de contratación de fecha 10 de junio, las puntuaciones obtenidas por los licitadores fueron las siguientes:

EMPRESAS LICITADORAS	PUNTUACIÓN TÉCNICA JUICIO DE VALOR	PUNTUACIÓN TÉCNICA EVALUABLE FORMA AUTOMÁTICA	PUNTUACIÓN ECONÓMICA	TOTAL PUNTUACIÓN
EMPRESA CONSTRUCTORA EJUCA, S.A.	3,50	10,00	69,76	83,26
CABBSA OBRAS Y SERVICIOS, S.A.	0,00	3,33	59,31	62,64
BARROSO NAVA Y CIA, S.A.	3,00	8,33	70,00	81,33
COPCISA, S.A.	6,50	6,67	60,94	74,11
CONSTRUCTORA SAN JOSÉ, S.A.	3,50	6,67	62,72	72,88
FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A.	13,00	6,67	62,33	81,99
OBRASCÓN HUARTE LAIN, S.A.	6,50	10,00	53,19	69,69
ELECNOR, S.A.	0,00	5,00	68,30	73,30
SERANCO, S.A.U.	16,50	6,67	65,83	89,00
CIECA, S.L.	17,00	6,67	61,25	84,91
UTE: ANIL SERVICIOS INGENIERÍA Y OBRAS, S.A.U. Y VIVENDO SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA, S.L.	10,00	6,67	68,44	85,11
ASCH INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIO, S.A.	3,50	5,00	60,89	69,39
UTE: FULTON, S.A. Y DISEÑO Y OBJETIVOS DE CONSTRUCCIÓN, S.L.	13,50	7,50	62,33	83,33
UTE: OHL SERVICIOS INGESAN, A.A.Y ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U.	3,00	7,50	64,43	74,93

Tercero.- El 10 de agosto de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación citada en el encabezamiento en el que solicita la nulidad de todas las valoraciones sujetas a juicio de valor y la nulidad de todo el procedimiento porque ya se conocen las proposiciones económicas.

Cuarto.- El 12 de agosto de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los

procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. La adjudicataria presentó alegaciones con fecha 20 de agosto, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 21 de julio de 2021, interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 10 de agosto de 2021, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.e) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- Proceden en primer lugar determinar la legitimación de los recurrentes.

A tenor del artículo 48 de la LCSP se encuentran legitimados aquellos “cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”.

Según el artículo 24 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, un miembro de la UTE puede impugnar la adjudicación en nombre de la misma:

“En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

Procede admitir la legitimación de OHL Servicios-Ingesan, S.A.U. para actuar en beneficio de la UTE. En cuanto a la legitimación “ad causam” se desarrolla en el fundamento siguiente.

Quinto.- El recurrente, que se encuentra en octavo lugar en la clasificación de la Mesa de Contratación, se entiende legitimado porque dice impugnar las puntuaciones dadas a todos los licitadores en el apartado 10.2.2 del PCAP .de juicios de valor:

“Tampoco debe existir óbice a la legitimación de esta mercantil por ser la licitadora con la octava mejor puntuación pues el presente recurso pretende evidenciar el error, arbitrariedad y apartamiento por parte del Servicio Técnico responsable de la valoración no solo de la oferta de la adjudicataria sino de todas las licitadoras. Y es que, es más, de estimarse este recurso, el Procedimiento de Contratación debería ser íntegramente anulado pues, en la medida en que ya han

sido abiertas y conocidas las proposiciones económicas de las licitadoras, ya no resultaría posible una retroacción de las actuaciones, por lo que mi representada podría optar a la nueva licitación que se convocase.

De ahí que, en base a lo dispuesto, entre otras, en las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, nº 927/2015 y 909/2019, de fechas 9 de octubre y 1 de agosto de 2019, respectivamente, deba entenderse plenamente acreditada la legitimación de OHL Servicios para la interposición de este recurso”.

El recurso se articula en dos partes:

Por un lado, se impugna la aplicación por los servicios técnicos de esos criterios de valoración.

Por otro, se contestan las valoraciones que OHL obtiene en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

Recoge el Pliego sobre este criterio de valoración:

“10.2.2 Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: hasta 20 puntos Número Descripción del criterio Ponderación / Memoria Técnica: hasta 20 puntos

I.1 Propuesta acerca de la interacción del plan de trabajo de obra (faseado) con el día a día del hospital y sus propuestas para no interferir en ella: Hasta 7 puntos.

I.2. Plan de contingencias ante posibles imprevistos (capacidad de respuesta y disponibilidad de medios adicionales ante posibles imprevistos): Hasta 7 puntos.

I.3. Plan de limpieza de obra y medios de minorar ruidos y polvo en el resto del edificio: Hasta 6 puntos.

La puntuación de estos criterios se hará atendiendo a lo siguiente:

Excelente: El criterio a valorar cumple las características mínimas exigidas, mejorando de forma destacada los requisitos exigidos en el pliego, sobresaliendo cualitativamente del resto de las ofertas: 100% de la puntuación del Item.

Bueno: El criterio a valorar cumple las características mínimas exigidas de forma normal y correcta, siendo cualitativamente igual a la media de las ofertas presentadas 50% de la puntuación del Item.

Suficiente: El criterio a valorar se ajusta a las características mínimas exigidas, encontrándose cualitativamente por debajo de las ofertas presentadas 0% de la puntuación del Item”

El recurrente adjunta tres capturas de pantalla sobre los informes técnicos con la aplicación de los criterios de valoración, capturas en que figuran de forma manuscrita diversos juicios de valor u observaciones sobre la documentación técnica presentada y la puntuación numérica obtenida: 7, 6 , 3.5, 3, 0. Estos informes se estructuran en forma de tablas donde figuran en columnas: el nº de criterio, la descripción del criterio (transcripción de los enunciados copiados anteriormente), la ponderación (igualmente, puntuación máxima), puntuación obtenida (en cifra) y observaciones (juicios sobre la oferta técnica).

Alega que no se ha hecho constar “excelente, “bueno” y “suficiente”, y se han repartido puntuaciones de forma arbitraria. Y no enjuicia aquello que deberían evaluar, conforme lo estipulado en pliegos; es decir, si la propuesta técnica cumple, como decimos, las características mínimas exigidas “de forma destacada”, “de forma normal” o “encontrándose cualitativamente por debajo de las ofertas presentadas”.

A juicio del Tribunal las tablas de los informes responden estrictamente a los Pliegos. No es preciso que contenga las expresiones “excelente”, “bueno” o “suficiente”, cuando las puntuaciones otorgadas corresponden a esas calificaciones: 7, 6, 3.5, 3 y 0, es decir, 100% de la puntuación máxima de 7 y de 6, 50% de la misma y 0%, según epígrafes. No son notas arbitrarias, es la traducción numérica de las puntuaciones del pliego.

Y tampoco tiene que redactar el informe que la propuesta cumple de forma destacada, de forma normal o por debajo: la puntuación da respuesta a cada uno de los ítems. Si tiene un 7 o un 6, es la puntuación del cumplimiento de “forma destacada”. Si la mitad, 3.5 o 3, de forma normal. Y 0, por debajo.

Las puntuaciones son las que marcan los Pliegos: 100%, 50% y 0% de 7 y 6: 7, 6, 3.5, 3 y 0.

En definitiva, el informe técnico da las puntuaciones que corresponden a cada uno de los subcriterios (puntos 10.2.2.1, 10.2.2.2 y 10.2.2.3) y calificaciones (excelente, bueno, suficiente) de la cláusula del PCAP.

En el mismo sentido se manifiesta SERANCO: recibe las puntuaciones que corresponden a los subcriterios de los Pliegos y a sus calificaciones, que describe así:

“1º. Si al valorar la oferta de “SERANCO” se dan los 7 puntos máximo a su “Propuesta acerca la interacción del plan de trabajo de obra (faseado) con el día a día del hospital y sus propuestas para no interferir en ella” es porque se le ha calificado de “Excelente”, pues aunque esa palabra no se exprese es la que corresponde a esa máxima puntuación.

2º. Si cuando también se valora la oferta de “SERANCO” se dan 3,5 puntos a su “Plan de contingencia ante posibles imprevistos (capacidad de respuesta y disponibilidad de medios adicionales ante posibles imprevistos”, es porque son el 50 por 100 de los 7 posibles, caso en el que corresponde la calificación de “Bueno” aunque esta palabra no se exprese.

Y, 3º, si finalmente se valora la oferta de “SERANCO” dando 6 puntos a su “Plan de limpieza de obra y medios de minorar ruidos y polvo en el resto del edificio” es porque ha conseguido la máxima puntuación a la que le corresponde la calificación de “Excelente”, aunque esta palabra no se exprese”

Concluye: “se respetan en el informe los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor y lo puntos que se dan, debidamente motivados, corresponden a las calificaciones que la cláusula 10.2.2 PCAP indica, sin que por tanto se incurra en ninguna arbitrariedad en lo que es el ámbito de la llamada “discrecionalidad técnica” de la que goza la Administración en esta materia no sometida a un control jurisdiccional (STC de 16 de mayo de 1983 y STS de 13 de octubre de 2004) salvo los casos de una falta absoluta de motivación o de evaluaciones en las que se aprecien incoherencias o que estén en clara contradicción con la lógica (SSTS, 1 de abril de 2009 y 25 de junio de 2012), nada de lo cual puede apreciarse en la valoración de la oferta de “SERANCO”.

Las alegaciones del recurrente no sirven a desvirtuar el informe técnico, siendo el artificio argumental empleado no apto para habilitar su legitimación.

Procede desestimar este motivo del recurso.

En segundo lugar impugna su propia calificación, comparando las anotaciones u observaciones sobre su oferta técnica con la documentación presentada, respondiendo de forma exhaustiva el órgano de contratación a sus alegaciones. Pretende también la anulación de todo el procedimiento por el desacuerdo con la valoración de su proposición.

Tal y como expresa también SERANCO este motivo de recurso es contradictorio con el anterior: si todas las puntuaciones son erróneas por la aplicación hecha de la cláusula 10.2.2., no procede entrar a valorar la puntuación del recurrente. Si se estimara el primer motivo de nulidad, sobra la argumentación del segundo. Este motivo solo cabría como pretensión subsidiaria del primero, con el que es incongruente: en contra de lo afirmado en el primer motivo del recurso, el recurrente deduce perfectamente de las puntuaciones su valoración, que es lo que recurre en el segundo motivo.

Este motivo no es de consideración. Para que procedería su recurso sería necesario impugnara no solo su puntuación, sino la de todos los que le preceden, que es a lo que refiere la Resolución 909/201 del TACRC citada por el recurrente. Además, tratándose de criterios basados en juicios de valor, la evaluación de los técnicos de la administración se ampara en la “discrecionalidad técnica”, siendo necesario para que prosperara su pretensión que evidenciara errores manifiestos o falta de motivación o lógica no solo en su evaluación sino en todas las evaluaciones que le superan, y que de su revisión resultara adjudicatario. No argumenta más que sobre su propia calificación, contestando el órgano de contratación a sus alegaciones, que no afectan a todos los que le preceden.

Por citar una entre muchas, en Resolución 473/2019 de 19 de noviembre hemos señalado en cuando a la legitimación:

“Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, o 87/204, de 11 de junio, 22/2015 de 4 de febrero), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejerce la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre: “Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación

material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejerce la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F.4)".

En el presente caso, el recurrente ocupa la posición cuarta en la clasificación de ofertas en cada uno de los dos lotes, no afectando sus alegaciones a las valoraciones obtenidas ni por la segunda ni tercera clasificada en cada uno de ellos, por lo que aun en el caso de prosperar su recurso no obtendría el beneficio de ser adjudicatario del contrato"

Sin entrar a calificar sus alegaciones sobre su propia valoración, aun estimadas no le servirían para alcanzar la adjudicación, al no impugnar la valoración de todos los que le preceden. Aun cuando su valoración fuera incorrecta, como alega, no impugna la de los siete que le preceden, no deduciéndose de su recurso cómo podría superarlos. A título de ejemplo, sobre los 20 puntos de valoración en el criterio, el adjudicatario obtiene 16,50 y el recurrente 3. No argumenta en absoluto cómo absorbería esta diferencia.

Esto expuesto, el recurso no expresa error alguno manifiesto en las valoraciones y observaciones del informe técnico de la Administración, no aporta elemento alguno que sirva a desvirtuar la "discrecionalidad técnica".

Se desestima el motivo.

Conforme a todo lo argumentado, procede la desestimación del recurso especial en materia de contratación por falta de legitimación del recurrente.

A juicio de este Tribunal la interposición del recurso es temeraria, haciéndose merecedor de una multa por importe de 3.000 euros, tal y como sugiere el recurrido: *“proceda para finalmente acordar la inadmisión del recurso interpuesto por la empresa OHL Servicios- Ingesan, S.A.U. por falta de legitimación activa y para el caso de que se entre en el fondo del asunto, se desestime el recurso con imposición de una multa si se apreciara temeridad en la interposición del recurso”.*

Señala el artículo 58.2 de la LCSP que *“2. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.*

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores”.

Entiende este Tribunal que la interposición del recurso con el bagaje argumental aportado es temeraria. No puede desconocer el recurrente la doctrina contractual sobre la legitimación de terceros clasificados para impugnar la adjudicación. No ha aportado nada contra la valoración de los siete que le preceden, amparada por la “discrecionalidad técnica”.

Fundamentalmente, intenta mediante un artificio absurdo dotarse de legitimación, pese a la posición que ocupa en la clasificación de los licitadores. El artificio estriba en afirmar que las valoraciones son arbitrarias porque al puntuar las ofertas técnicas no se han copiado cada una de las calificaciones de los ítems de la cláusula 10.2.2. A título ilustrativo, si se da un 7 que es “excelente” según el PCAP,

no se copia la palabra “excelente”. Este argumento es temerario: por las puntuaciones, se conoce la valoración técnica, figurando además en los cuadros el enunciado del subcriterio evaluado.

Procede la imposición de la multa por importe de 3.000 euros

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representación de OHL Servicios-Ingesan, S.A.U., que concurre en UTE con ACSA Obras e Infraestructuras, S.A.U contra Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se adjudica el contrato para las “Obras del nuevo servicio de oftalmología en el centro de especialidades Hnos. García Noblejas, dependiente del Hospital Universitario de La Princesa”, expediente nº PA 26/2021 HUP , por los fundamentos expuestos en esta Resolución.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP por importe de 3.000 euros.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.