



Recurso nº 257/2014

Resolución nº 357/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 9 de mayo de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. I.C.B., en nombre y representación de OPTIMA LESAN, S.L, contra la adjudicación del contrato de “Mantenimiento integral y mejoras de eficiencia energética del edificio Service Center de la Zona de Actividades Logísticas del Puerto de Barcelona”, expediente 132005, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 5 de diciembre de 2013, se publica en la Plataforma de Contratación del Estado, en el perfil del contratante del poder adjudicador y se remite al DOUE, anuncio por el que se hace público el procedimiento abierto convocado por Centro Intermodal de Logística, S.A. para la contratación del mantenimiento integral y mejoras de eficiencia energética del edificio Service Center de la Zona de Actividades Logísticas del Puerto de Barcelona.

Igualmente, se publica anuncio en el Boletín Oficial del Estado el 10 de diciembre de 2013.

Segundo. El día 3 de febrero de 2014 y de acuerdo con las bases del procedimiento se procedió a la apertura del sobre 1 “documentación administrativa” y después del sobre 2, “documentación técnica”. A continuación; se hace público el 12 de febrero, el resultado de la calificación de la documentación y la puntuación técnica obtenida. Posteriormente se procede a la apertura de las proposiciones económicas.

Consta en el acta de este acto que los asistentes no realizaron reclamación alguna.

Tercero. Previa solicitud de aclaración a la UTE constituida por OPTIMA LESAN, S.L y OPTIMA AIRAT, S.A. sobre propuesta técnica de ahorro energético, el 11 de febrero de 2014, la UTE declara su compromiso a un ahorro energético mínimo garantizado del 21, 5%, a pesar



de que en la estimación de la justificación entregada, el cálculo resultante máximo sea del 28%.

Cuarto. El 14 de febrero se solicita justificación a la UTE constituida por OPTIMA LESAN, S.L y OPTIMA AIRAT, S.A de su oferta por valores anormales o desproporcionados ya que presenta una baja de 11 puntos porcentuales con respecto a la media aritmética del conjunto de las ofertas presentadas, lo cual se califica como proposición económica anormalmente baja según lo dispuesto en el Punto 10 del pliego de bases regulador de la licitación. El 19 de febrero de 2014 se recibe informe justificativo por parte de la recurrente, dentro del plazo establecido en el pliego de bases para estos supuestos.

Quinto. Con fecha 28 de febrero de 2014 el órgano de contratación acuerda a propuesta de la mesa de contratación, la exclusión de la oferta presentada por OPTIMA LESAN, S.L., y OPTIMA AIRAT, S.A por estimarse que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la exclusión de valores anormales y desproporcionados y la no justificación de éstos.

Igualmente, en dicha fecha acuerda la adjudicación del contrato de mantenimiento integral y mejoras de eficiencia energética del edificio Service Center a la UTE compuesta por SERVEIS INTEGRALS DE MANTENIMIENTOS RUBATEC, S.A. y ELECTROMECHANICA SOLER, S.L. Ambos acuerdos se comunican al recurrente el 28 de febrero de 2014.

Sexto. OPTIMA LESAN, S.L. interpone recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público el día 12 de marzo de 2014, siendo que dicho Tribunal en fecha 27 de marzo de 2014 se declara incompetente para resolver el recurso, lo que se comunica al recurrente que interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 31 de marzo de 2014, previo anuncio de su interposición ante el órgano de contratación el 27 de marzo de 2014.

Séptimo. Con fecha de 10 de abril de 2014, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de forma que, según lo establecido en el artículo 47 del texto citado, será la resolución la que acuerde el levantamiento.

Octavo. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el 9 de abril de 2014 comunica a todos los interesados la interposición del recurso confiriendo plazo para formular alegaciones, no habiendo sido evacuado este trámite por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 41.1 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) corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la resolución del recurso ya que el poder adjudicador Centro Intermodal de Logística, S.A. es una sociedad de participación mayoritaria estatal.

Segundo. Se han cumplimentado los requisitos formales tanto de presentación del anuncio previo ante el órgano de contratación, requerido por el artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, como de plazo de interposición previsto en el artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación en el plazo conferido, ante el tribunal que consideró competente, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

Y es que su alegato de que estaba en la creencia de que el poder adjudicador lo era de la Comunidad Autónoma y no del Estado no puede desvirtuarse dado que las dos notificaciones que recibe sobre los acuerdos de exclusión y adjudicación, respectivamente, hacen referencia al recurso especial en materia de contratación que, contra los mismos puede interponerse, pero no mencionan el órgano competente para su tramitación y resolución.

Es por ello que hay que traer a colación la doctrina general que sobre la notificación de los actos administrativos establece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) en cuanto se aplica con carácter supletorio al TRLCSP al no existir regla especial en materia de contratación. En este sentido, la notificación de la adjudicación y de la exclusión además del contenido previsto en el artículo 151.4 del TRLCSP, deben, al tener naturaleza de resoluciones administrativas que despliegan plenos efectos jurídicos, contener según el artículo 58.2 de la LRJPAC: *“... el texto íntegro de la resolución con indicación si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de*

presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen pertinente.”

La propia Ley de Régimen Jurídico regula las consecuencias jurídicas de las omisiones en su contenido al establecer el apartado 3 del mismo precepto que: *“Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice las actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución o interponga cualquier recurso que proceda”*.

Atendiendo, pues, al artículo que precede debe concluirse que las notificaciones realizadas sobre la adjudicación y exclusión surten efectos desde el momento en que el particular ha interpuesto correctamente el recurso especial ante el órgano competente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero. Igualmente, el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible del mismo, conforme el artículo 40.2 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. En cuanto al requisito de la legitimación deben contemplarse dos aspectos.

El primero de ellos es el hecho de que el recurso se haya interpuesto por uno sólo de los componentes que han firmado el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas. A este respecto, hay que traer a colación la doctrina de este Tribunal que en multitud de ocasiones ha puesto de manifiesto que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación como parte integrante de una unión temporal de empresas y ello porque en el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer la reclamación (entre otras, resolución 184/2012).

Sin embargo, concurre en el presente recurso otro aspecto que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar si el recurrente está o no legitimado para la interposición de este recurso especial. Como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes, el 28 de marzo de 2014 el órgano de contratación adopta dos acuerdos:

- La exclusión de la oferta presentada por OPTIMA AIRAT, S.A. y OPTIMA LESAN, S.L., por estimarse que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales y desproporcionados y la no justificación de éstos, además de las discrepancias detectadas en los importes que conforman su oferta y el desglose de ésta.
- La adjudicación del contrato de mantenimiento integral y mejoras de eficiencia energética del edificio Service Center de la Zona de Actividades logísticas del Puerto de Barcelona a la UTE compuesta por SERVEIS INTEGRALS DE MANTENIMENT RUBATEC, S.A. y ELECTROMECHANICA SOLER, S.L. Ambos actos son notificados de forma separada a la UTE formada por las empresas OPTIMA AIRAT, S.A. y OPTIMA LESAN, S.L.

Sin embargo, el escrito de recurso no deja dudas de que sólo se interpone contra la adjudicación y no contra el acuerdo de exclusión y por los motivos siguientes, ninguno de ellos relativos a la causa de exclusión:

- Nulidad de los pliegos por vulnerar el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la nulidad de la adjudicación por no haber seguido el procedimiento legalmente establecido.
- Anulabilidad de la notificación de la adjudicación.
- Indefinición de los criterios de puntuación, perjudicando a la UTE LESAN, S.L.-OPTIMA AIRAT, S.A. de la que es miembro la empresa OPTIMA LESAN.

Aunque ambos acuerdos, exclusión y adjudicación, se dictaron el mismo día y le fueron notificados al recurrente aunque por separado, la falta de recurso contra la exclusión da lugar a que el acto devenga firme como consecuencia del transcurso del plazo para su interposición, a diferencia de lo que ha ocurrido con el acto de adjudicación.

Ante esta circunstancia debe tenerse en cuenta la doctrina reiterada de este Tribunal en cuanto a la posible legitimación del licitador excluido para recurrir el acto de adjudicación de forma independiente.

En concreto, la resolución 238/2014 pone de manifiesto lo siguiente: *“Quinto. El examen del requisito de la legitimación de la recurrente, cuya concurrencia niega el órgano de contratación, exige un análisis más detallado por parte del Tribunal.*”

El artículo 42 TRLCSP dispone que "podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

Con carácter general, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada en sentencias como la de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico 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 (Resoluciones 279/2012, de 5 de diciembre, ó 269/2013, de 10 de julio, entre otras muchas).

Con base en la anterior premisa, este Tribunal ha declarado (por todas, Resoluciones 162/2013, de 24 de abril, ó 485/2013, de 30 de octubre), que "salvo en los supuestos en que el ordenamiento jurídico reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el deseo de cualquier ciudadano de la legalidad, pues (...) la legitimación 'ad causam' conlleva la necesidad de constatarla interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión (...)", entendiendo que no concurre legitimación activa cuando, aunque sea comprensible el interés del recurrente por defender la legalidad, "no puede resultar adjudicatario del contrato en modo alguno ni obtener ninguna ventaja directa e inmediata de la modificación del acuerdo adoptado".

En definitiva, (Resolución 269/2013, de 10 de julio), "para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras)".

En cuanto a la necesidad de que la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, la sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo, exige que el interés invocado sea real y actual. Por ello, "de manera reiterada en nuestra doctrina a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido (por

todas, Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, y nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012), con fundamento en el mandato contenido en el hoy artículo 42 del TRLCSP, hemos declarado que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública". (Resolución 239/2012, de 31 de octubre).

Pues bien, en el supuesto que se examina, la entidad recurrente fue excluida de la licitación por vulnerar, en el trámite de aclaración conferido, el secreto de las ofertas económicas, exclusión que fue confirmada por este Tribunal, como queda reflejado en el Antecedente de Hecho Cuarto. Por tal motivo, la estimación del recurso especial de la recurrente no podría nunca conllevar la adjudicación del presente Acuerdo Marco a su favor, sin que, como señala el órgano de contratación en su informe, la mera defensa de la legalidad esgrimida por la recurrente ("los hechos fundamento de las sanciones son gravísimos y el hecho de no apreciar la prohibición por los órganos de contratación hacen que estas conductas de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. queden sin sanción suficiente"), justifique, a la vista de las circunstancias concurrentes, un interés cierto y directo de la recurrente a efectos de fundamentar su legitimación activa."

Conforme a la doctrina señalada queda claro que el recurrente al ser excluido carece de la condición de licitador y, por tanto, el interés legítimo que pueda alegar no puede ser el de obtener la adjudicación, sino un interés propio diferente e ir más allá de la mera defensa de la legalidad.

Es por ello que la recurrente no está legitimada al menos ab inicio para interponer un recurso contra la adjudicación por los motivos invocados de falta de motivación de la notificación de la adjudicación ni por la anulabilidad pretendida por indefinición de los criterios de puntuación aplicados, perjudicando a la UTE OPTIMA LESAN, S.L.-OPTIMA AIRAT, S.A. de la que es miembro la empresa OPTIMA LESAN, ya que al quedar excluida del procedimiento de adjudicación sólo puede entenderse que su interés, en estos dos motivos que apunta, se limita a intentar la restauración de la legalidad supuestamente vulnerada dado que en el presente procedimiento nunca sería adjudicataria.

Quinto. Sin embargo, sí debe examinarse el hipotético interés legítimo que pudiera tener y amparar a la recurrente por el primer motivo alegado, nulidad de los pliegos por vulnerar el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y la nulidad de la adjudicación por no haber seguido el procedimiento legalmente establecido.

Son muchas las resoluciones de este Tribunal, entre otras la citada anteriormente, que no admiten que el licitador excluido esté legitimado amparado en un supuesto interés de que se declare desierto el procedimiento toda vez que la legislación de contratos no obliga, una vez declarado desierto a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación. Sin embargo, pueden existir circunstancias especiales que concurran en el caso, como en el supuesto de la resolución 239/2012, que precisamente lleva a la solución contraria.

En efecto, establece esta resolución que el objeto del contrato tenía relación directa con la actividad principal y esencial de la entidad, con lo que la posibilidad de que, quedando desierto el procedimiento se inicie otro procedimiento contractual de las mismas características, excede de la mera suposición de lo posible toda vez que hay buenas razones para creer que se verificaría o sucedería, de modo que no es meramente potencial sino que alcanza lo probable.

En el presente recurso lo que se invoca es una nulidad del pliego y, por ende, de la adjudicación, por lo que de convocar un procedimiento similar el recurrente podría concurrir a la nueva licitación, lo que permitiría apreciar su legitimación. Y la convocatoria de este concurso no parece que sea hipotética sino que siendo su objeto la prestación de servicios de mantenimiento (limpieza, seguridad) de un edificio incluyendo los servicios de eficiencia energética es de presumir que el órgano de contratación carece de medios humanos y materiales para llevarlo a efecto por sí mismo y no tiene otro mecanismo para conseguir que el edificio se mantenga en buen estado de conservación para su uso, sino recurriendo a un procedimiento de licitación, contratando la prestación del servicio requerido.

Por todo ello, podemos concluir que en este caso el licitador que formando parte de la UTE quedó excluido está legitimado pero sólo en cuanto a este motivo de fondo se refiere: esto es, la supuesta nulidad de pleno derecho de los pliegos que ha invocado en el recurso.

Sexto. Entrando en el examen de la cuestión de fondo, el alegato de la recurrente para solicitar por esta vía la nulidad del pliego de bases que rigen el procedimiento así como el procedimiento mismo, se circunscribe a que en el sobre número 2 relativo a criterios subjetivos se mezclan éstos con otros criterios cuantificables directamente relacionados con la oferta

económica como es el caso del ahorro energético mínimo garantizado cumplimentando la ficha FA2 del anejo 8, tal y como se puede comprobar en la página 19 del pliego de bases donde se define el criterio de valoración de este concepto, aplicando una fórmula para obtener la puntuación resultante.

Esta mezcla de criterios, a juicio de la recurrente, condiciona el procedimiento de evaluación de ofertas ya que se conoce previamente un criterio cuantificable económico antes de puntuar los criterios subjetivos. Así el orden del contenido y la apertura de los sobres efectuada vulnera plenamente el TRLCSP y en concreto el artículo 150 del mismo.

Frente a este motivo esgrimido no es suficiente lo alegado por el órgano de contratación en cuanto a que en su informe invoca que los pliegos no fueron objeto de recurso en materia de contratación dentro del plazo de interposición que define el artículo 44 del TRLCSP, ni a lo largo de todo el procedimiento, por lo que no procede ahora su impugnación, sobre todo si se tiene en cuenta que de forma implícita se aceptaron y se cumplieron los requerimientos de los pliegos tal como en ellos se indicaban.

Continúa afirmando el órgano de contratación que el hecho de solicitar la nulidad de los pliegos va en contra del principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos; actos que quedan reflejados en el propio hecho de solicitar y presentar oferta en base a lo estipulado en los pliegos reguladores de la licitación, acatando lo dispuesto en ellos, así como en el hecho de no interponer recurso en su contra dentro del plazo establecido por la propia Ley. A este respecto, el órgano de contratación invoca varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se manifiesta que si un licitador se sometió a una determinada forma de selección del contratista tal y como fue convocada, sin que en ningún momento impugnara ninguna de las condiciones del pliego, carece de legitimación para impugnarlo, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecido por la adjudicación.

Aunque nada hay que objetar a lo señalado por el órgano de contratación, como se dice al principio de este fundamento, lo declarado por el órgano de contratación no es suficiente para que este Tribunal no pueda entrar a resolver sobre el fondo del asunto si entendiera que los pliegos adolecen de un vicio de nulidad de pleno derecho, teniendo en cuenta que la nulidad de los pliegos lleva aparejada y así se tendría que declarar la del acuerdo de adjudicación. Sobre la posibilidad de apreciar de oficio los vicios de nulidad, este Tribunal no ha hecho en sus resoluciones sino seguir la doctrina que sobre esta cuestión ha mantenido el Tribunal Supremo

y, en concreto, en la resolución 1/2014, de 10 de enero se pone de manifiesto que: “ *En el ámbito civil, es doctrina consolidada desde muy antiguo que la nulidad de pleno derecho surte efectos ipso iure, de forma que puede ser apreciada por los tribunales sin necesidad de petición expresa de la parte (STS 27 de mayo de 1949, STS 29 de octubre de 1949, STS de 23 de junio de 1966, entre otras), si bien para que esta apreciación pueda realizarse: i) se deben probar los hechos de los que derive la nulidad del contrato y ii) han de estar presentes en el pleito todos los que intervinieron en la celebración del contrato de que se trate o sus sucesores o causahabientes. En el ámbito administrativo, es igualmente antigua y consolidada la doctrina conforme a la cual la nulidad de pleno derecho es de orden público, de forma que puede ser declarada de oficio aunque nadie haya solicitado la declaración (STS 11 de octubre de 1956, STS 31 de enero de 1967, STS de 22 de octubre de 1972, STS de 31 de enero de 1975, entre otras muchas). Lo que se ha señalado respecto de los órganos jurisdiccionales es de aplicación también respecto de este Tribunal. No sólo porque encuentra su fundamento positivo en los ya referidos artículos 112 y 113 de la LRJPAC, sino también porque una actuación de este órgano revisor que no pudiera apreciar de oficio la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho dejaría al arbitrio de las partes (mediante la invocación o no del vicio de que se trate) la declaración de la nulidad de pleno derecho, siendo así que se trata de un vicio no susceptible de convalidación. Del mismo modo, ante la impugnación de un contrato, la falta de alegación del vicio de nulidad conduciría (en caso de que no concurriera otro vicio en el contrato) a que el órgano revisor tuviera que declarar la validez de un contrato que en realidad es nulo de pleno derecho. En ambos casos, el consentimiento del interesado convalidaría el acto nulo, cuestión que no resulta admisible, ya que nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa el ámbito de su propia esfera individual...”*

En todo caso, esta pretendida nulidad de pleno derecho en cuanto a que legitima al recurrente para interponer un recurso de forma excepcional debe no solamente solicitarse expresamente- lo cual ha hecho el recurrente- sino examinarse de forma precisa atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.

Séptimo. Para examinar si el fondo del asunto incurre en una nulidad de pleno derecho conviene examinar la cláusula correspondiente del pliego de bases a la luz de lo dispuesto en el artículo 150.2, último párrafo, del TRLCSP, precepto infringido según el recurrente: “... la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta



Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”

Dicho precepto no es sino reflejo de dos de los principios fundamentales que rigen la contratación pública y que se consagran en el artículo 1 del TRLCSP como son los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Así lo que se trata de garantizar no es otra cosa sino que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios no cuantificables de forma automática no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se haya atribuido por razón de los criterios evaluables mediante fórmulas. Como pone de relieve la resolución 62/2013, esta pretensión del legislador tiene como fundamento el hecho indudable de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Pues bien, el pliego de bases que rige el procedimiento examinado, a los efectos que nos ocupa, distingue la documentación técnica a aportar por los licitadores en el sobre dos, exigiendo entre otros los siguientes documentos:

- Ahorro energético mínimo garantizado, cumplimentando la ficha FA2 del Anejo n.8.
- Criterios técnicos para la evaluación de los servicios de mantenimiento integral, limpieza y gestión del aparcamiento.
- Criterios técnicos para la evaluación del seguimiento.

Por su parte en el sobre nº 3, propuesta económica, se contendrá la propuesta económica formulada estrictamente de acuerdo con el modelo que se adjunta como anejo a estas *Bases del Concurso*.

Se deberá, asimismo, cumplimentar la ficha FDO "Resumen Datos económicos", que consiste en un cuadro resumen por conceptos, y que acompaña al Anejo nº 1.

La cláusula 10 denominada “resolución del concurso” dispone lo siguiente, en cuanto a los aspectos que nos ocupan:

Serán elementos a tener en cuenta necesariamente para decidir la adjudicación, por orden de importancia:

a) *El importe económico de la proposición presentada con baremo de puntuación de **70 puntos**.*

Se aplicará el criterio de proporcionalidad, exclusivamente, respecto de la oferta más económica a la que se le atribuirá la puntuación máxima y proporcionalmente al resto (regla de proporcionalidad inversa), de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación económica: } \frac{70 \times \text{Precio de oferta más económica}}{\text{Precio oferta que se valora}}$$

b) *La propuesta de ahorro energético mínimo garantizado, con baremo de puntuación de **5,5 puntos**.*

*Para las propuestas con un ahorro energético mínimo garantizado del 38% (que corresponde a 826.486 kWh/año ahorrados) respecto al consumo de referencia actual (2.174.964 kWh/año) obtendrá la puntuación máxima correspondiente a **5,5 puntos**.*

*Las propuestas con un ahorro **energético** mínimo garantizado **del** 21,5% (correspondiente a 467.617 kWh/año ahorrados) respecto al consumo de referencia actual (2.174.964 kWh/año) obtendrá una puntuación de 0 puntos.*

Para el resto de casos se aplicará el criterio de proporcionalidad, exclusivamente, respecto de la oferta con mayor ahorro a la que se le atribuirá la puntuación máxima y proporcionalmente al resto (regla de proporcionalidad inversa), de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación económica II: } \frac{5,5 \times \text{Ahorro máximo}}{\text{Ahorro que se valora}}$$

c) *Criterios técnicos para la evaluación de los servicios de mantenimiento integral, limpieza y gestión del aparcamiento, hasta **13,5 puntos**.....*

d) *Criterios técnicos para la evaluación del seguimiento, hasta **6 puntos**.....*

e) *Criterios técnicos para la evaluación del servicio de gestión energética, hasta 5 puntos:*

- *Informe justificativo de ahorro energético mínimo garantizado, hasta 5 puntos.*

Para la asignación de puntos se valorará con la máxima puntuación en cada uno de los apartados aquellas propuestas que dispongan de un informe justificativo de los Ahorros Energéticos Mínimos Garantizados:

- *Plazos de ejecución de las Medidas de Eficiencia Energética definidas en este pliego, hasta 1 punto.*
- *Descripción detallada de la justificación de los ahorros energéticos mínimos garantizados, hasta 1 punto.*
- *Propuesta del Plan de Medida y verificación siguiendo el modelo incluido en el anejo III de este pliego, para cada una de las medidas, hasta 1 punto.*
- *Descripción del procedimiento de seguimiento, evolución del ahorro energético mínimo garantizado y medidas correctoras, en caso que sea necesario, hasta 1 punto.*
- *Descripción del equipo humano destinado a la gestión energética, hasta 1 punto.*

De una primera lectura parece que, efectivamente, se incluye un criterio evaluable mediante fórmula matemática junto con los correspondientes criterios cuya cuantificación depende de juicios de valor. Sin embargo, hay que estar a lo dispuesto por el órgano de contratación que a este respecto entiende que se ha incluido la proposición del ahorro energético mínimo garantizado en la documentación técnica porque el porcentaje indicado para este ahorro se debía justificar mediante el informe justificativo de ahorro energético mínimo garantizado. En concreto, en su informe el órgano de contratación sostiene que no sólo consistía en ofertar un porcentaje de ahorro energético sino que dicho ahorro debía ser justificado con los parámetros contenidos en el punto 10 apartado e) del pliego de bases y solo con estos datos se podía conocer y dar por bueno el ahorro energético propuesto. Afirma que la existencia de la fórmula aritmética en este supuesto era meramente instrumental para llegar a determinar, junto con el criterio subjetivo de los técnicos, si el ahorro energético es realizable. La fórmula solo daba el

método de cálculo que se aplicaría, es decir la fórmula se aplica sobre el resultado obtenido por CILSA en el estudio de sus técnicos.

Pues bien, sin perjuicio de que por regla general deba rechazarse toda inclusión de criterios evaluables mediante fórmulas mezclados con los otros criterios dependientes de juicio de valor por cuanto comporta una infracción de un precepto legal que es garantía de objetividad de los técnicos y de igualdad de trato de los licitadores, no deja de contemplarse que en el presente caso existen singularidades que requieren un estudio especial ya que aunque se valora el porcentaje ofertado y el informe justificativo del ahorro energético mínimo ofertado de forma diferente (el primero mediante fórmula matemática y el segundo con criterios que responden a juicios de valor) parece que los técnicos pueden inferir del informe y por tanto conocer el porcentaje que, declarado o no por el licitador, realmente se oferta y está justificado. Como consecuencia de ello el órgano de contratación afirma que aunque el porcentaje se hubiera incluido en el sobre 3, los técnicos hubieran conocido cual era, como consecuencia de la inclusión en el sobre 2 del informe que lo justifica. Y así parece que fue, ya que en concreto al licitador recurrente se le solicitan aclaraciones porque se aprecian discrepancias entre el porcentaje declarado y el que resultó realmente del informe justificativo.

Si esto fuera así, el resultado de haber incluido en el sobre idóneo el porcentaje de propuesta de ahorro hubiera sido idéntico sobre la base de que los técnicos al aplicar los criterios no evaluables mediante fórmulas hubieran conocido de antemano el porcentaje ofertado o, mejor dicho, el porcentaje que se realmente se ofertaba y justificaba con la documentación presentada en el sobre 2.

Por otro lado, y atendiendo a las puntuaciones técnicas otorgadas y que constan en el expediente, no puede desprenderse que los técnicos a la hora de valorar propiamente las ofertas técnicas de los licitadores se hayan podido dejar influenciar por el resultado en la puntuación de este criterio evaluable de manera automática. En el caso de la UTE de la que forma parte el recurrente y que fue la única que obtuvo 0 puntos en cuanto al porcentaje mínimo garantizado, al no superar el 21% que como mínimo se refleja en el pliego de bases, obtiene mejor puntuación técnica (en la aplicación de criterios que responden a juicios de valor) que otras empresas que obtuvieron puntos en cuanto al porcentaje se refiere y es que solo el hecho de que el resto de las empresas puntúen en relación con la oferta que realizaron en el porcentaje de ahorro energético hace que la oferta de aquella se sitúe en último lugar (al obtener cero puntos en el susodicho porcentaje).

Es por ello y con independencia de que la inclusión de este tipo de criterios debieran por regla general evitarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, por cuanto pueden comportar conductas contrarias a los principios contractuales consagrados legalmente, debe entenderse que en el presente caso no se aprecia que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato pues todos los licitadores se han visto sometidos a las mismas condiciones, ni tampoco se han producido actos arbitrarios en la valoración de los aspectos técnicos ni estos han estado condicionados con el resultado obtenido de la aplicación de la fórmula aritmética.

Entendemos, pues, que la interpretación que se ha dado y el relato de los hechos expuestos impiden que se estime el vicio de nulidad de pleno derecho invocado por el recurrente para que se proceda a anular los pliegos y, por ende, el procedimiento de adjudicación en el que ha sido excluido por baja desproporcionada, exclusión que no ha sido impugnada.

Traemos a colación en este sentido la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de noviembre de 2012, que en lo que se refiere a un supuesto similar si bien en este caso por la conducta del licitador que incluye determinada documentación en el sobre de documentación técnica, indica que *" Distinta consideración merece, sin embargo, la alegación que excluye la vulneración del carácter secreto de las proposiciones derivada del error en la documentación contenida en cada sobre. Esta cualidad responde al principio general de igualdad de trato entre los candidatos y tiene su expresión concreta en el artículo 129.2 de la LCSP, previendo la propia Ley los medios para garantizar esa reserva. Así el art.144 que trata de la inclusión en dos sobres distintos y el 134.2 que establece el orden de apertura de los sobres, como bien dice la resolución impugnada que el conocimiento de la oferta económica pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor como también se deduce de los artículos 26 a 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la LCSP. Lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir, que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde. Si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores*

Tampoco en lo relativo a la vulneración del secreto de las proposiciones cabe admitir ese criterio automático de exclusión aplicado por el órgano de contratación, que invoca la cláusula 4.7.3. del pliego; dicha cláusula dispone, efectivamente, que "la inclusión en los sobres nº 1 o nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador por vulnerar el carácter secreto de las ofertas" a que se refiere el art. 129.2. LCSP. Tal interpretación resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia, también formulado en el artículo 1 de la Ley, pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula; frente a lo que se dice en la contestación a la demanda por el Abogado del Estado y la UTE codemandada, la simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario."

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir, por falta de legitimación, el recurso interpuesto por D. I.C.B., en nombre y representación de OPTIMA LESAN, S.L, contra la adjudicación del contrato de "Mantenimiento integral y mejoras de eficiencia energética del edificio Service Center de la Zona de Actividades Logísticas del Puerto de Barcelona", expediente 132005, respecto de los motivos invocados de falta de motivación de la notificación de la adjudicación y anulabilidad pretendida por indefinición de los criterios de puntuación aplicados, y desestimar, por los argumentos expuestos en esta resolución, el interpuesto respecto de la nulidad de pleno derecho de los pliegos.

Segundo. Dejar sin efecto, en lo que a este recurso se refiere, la suspensión del procedimiento acordada, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.