

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

En Madrid, a 15 de abril de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña S.P.G., en nombre y representación de ELEC NOR, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Algete de fecha 26 de febrero de 2015, por el que se adjudica el contrato “Suministro de energía eléctrica para las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Algete”, nº de expediente: SUM 02/14, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 1 y 5 de noviembre de 2014 se publicó respectivamente en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, la convocatoria para la licitación del contrato “Suministro de energía eléctrica para las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Algete”, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un plazo de ejecución de 13 años prorrogable hasta 18. El valor estimado del contrato es de 8.948.124 euros.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que, de acuerdo con lo

establecido en punto 3.2 del Pliego de Condiciones Económico Administrativas (PCEA), relativo a la documentación a presentar, las licitadoras deberán presentar una propuesta para la prestación de la Gestión energética, Prestaciones P1, P2 y P3, con una Memoria descriptiva sobre la metodología, organización y medios directos, el plan de mantenimiento preventivo y de inspecciones, y correctivo explicando los medios que se ponen a disposición del Ayuntamiento.

A su vez el punto 3.5 relativo a los criterios de valoración atribuye hasta 5 puntos a la *“valoración técnica de las propuestas de Gestión Energética de la Prestación P1, Valoración técnica de la propuesta del programa de mantenimiento de la prestación P2, Valoración técnica de la propuesta de Garantía total de la prestación.”*

Segundo.- A la licitación así convocada se presentaron 5 licitadoras entre ellas la recurrente. Una vez valoradas las ofertas presentadas, con fecha 12 de febrero de 2015, la Mesa de contratación previa apertura de las ofertas económicas, propone al Pleno declarar como oferta económicamente más ventajosa la de Imesapi con 92,28 puntos, habiendo quedado clasificada la recurrente en segundo lugar con 86,92 puntos.

El día 26 de febrero de 2015, el Pleno del Ayuntamiento acordó, por mayoría, declarar como oferta más ventajosa la propuesta por la Mesa, concediendo un plazo de 10 días a Imesapi para que procediera a aportar la documentación precisa para adjudicar el contrato, lo que se comunicó a la recurrente con fecha 6 de marzo de 2015.

Con fecha 18 de marzo se eleva al Pleno la propuesta de adjudicación del contrato, que se produce mediante Acuerdo del mismo el día 25 de marzo de 2015.

Tercero.- El mismo día 25 de marzo de 2015 tuvo entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación presentado por la mercantil Elecnor, S.A., previa

la presentación del anuncio previo previsto en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

En el recurso se solicita que se revoque, anule y deje sin efecto la Resolución impugnada declarando haber lugar a todos y cada uno de los motivos del recurso y que se ordene la retroacción de las actuaciones al momento previo a la valoración de las proposiciones de los licitadores con el objeto de valorar la oferta de Elecnor, S.A. dentro de los parámetros solicitados o subsidiariamente que se anule todo el procedimiento de licitación. Esgrime como fundamento de tales pretensiones que se ha producido *“una asignación de puntos absolutamente subjetiva que deriva en pura y simple arbitrariedad constitucionalmente prohibida por el artículo 9.3 de la C.E”* y vulneradora del principio de igualdad en los términos que examinaremos más adelante en los fundamentos de derecho.

Cuarto.- El 30 de marzo de 2015 el Ayuntamiento de Algete remite una copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP, donde se explica de forma prolija la valoración efectuada de los criterios susceptibles de juicio de valor, y solicita que se inadmita el recurso por ser incongruente con la realidad de los hechos, alternativamente que se desestime el mismo, que se declare temeraria la actuación de la recurrente a los efectos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP y por último que se ordene la compensación al Ayuntamiento con relación al pago de 600 euros en concepto de tasa judicial para acudir a dicho Tribunal por causa exclusiva de la demandante (sic).

Quinto.- El 6 de abril de 2015, el Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión automática del expediente de contratación.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular

alegaciones.

Con fecha 7 de abril, se ha recibido escrito de alegaciones de Imesapi en el que se afirma en síntesis la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación a la hora de valorar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de las ofertas, sin que este Tribunal pueda sustituir, según afirma, la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello, por el juicio del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de Elecnor, S.A., para interponer recurso especial al 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 se acredita la representación la firmante del recurso.

Segundo.- El recurso se dice interponer contra el Acuerdo de adjudicación dictado por el Pleno el 26 de febrero de 2015, que fue notificado a la recurrente el 6 de marzo. No obstante, el acto notificado fue el Acuerdo por el que se declara la oferta económicamente más ventajosa y se requiere la documentación a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP.

Establece el artículo 40 del TRLCSP que son susceptibles de recurso especial los relacionados en el apartado 2 del mismo:

“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de

trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”.

El acto impugnado debe calificarse como acto de trámite pues, si bien se integra en el procedimiento, no pone fin a éste, a diferencia de la resolución o acto definitivo que pone fin al mismo. La regla general en nuestro ordenamiento es que los actos de trámite no son susceptibles de recurso sin perjuicio de se puedan invocar por los interesados en el recurso que se interponga contra la resolución que ponga fin al procedimiento.

Con carácter general el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite recurrir los actos de trámite denominados cualificados porque deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos. Este es el criterio reproducido en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Considera el Tribunal que el acto por el que se decide y comunica la clasificación de las ofertas y se solicita documentación a la mejor clasificada decide directa o indirectamente sobre la adjudicación. En el caso que nos ocupa, tal como consta en los antecedentes de hecho, se puso en conocimiento de los interesados la clasificación de las ofertas, resultando ordenada en primer lugar la empresa Imesapi, S.A., lo que ha determinado, previo cumplimiento de los requisitos del artículo 151.2 que sea la adjudicataria, de manera que indirectamente determina la adjudicación, que a la postre ya se ha producido.

Por otra parte el principio de economía procedimental lleva a interpretar que una resolución de inadmisión conduciría a una reproducción del recurso en identidad de términos contra la adjudicación, lo cual únicamente significaría un retraso en la

resolución de la cuestión y una dilación innecesaria del procedimiento.

En consecuencia, el acto es susceptible de recurso según lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Tercero.- Tal como consta en el expediente y así se recoge en los antecedentes de hecho, el acuerdo declarando la oferta económicamente mas ventajosa fue adoptado el 26 de febrero, procediéndose a su notificación el día 6 de marzo de 2015, resultando que el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal a que se refiere el artículo 44.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acto de clasificación de ofertas de un contrato de suministro, de valor estimado superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto este debe centrarse en el examen de la valoración efectuada por el órgano de contratación de la oferta de la recurrente y de la adjudicataria.

Como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, debemos en todo caso partir del carácter vinculante de los pliegos que establece el artículo 145 del TRLCSP para los licitadores cuando señala que *“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 dichas cláusulas o condiciones, sin*

salvedad o reserva alguna”, obligación que como es obvio, también es predicable respecto del órgano de contratación. Por lo tanto, el examen de la adecuación a derecho de la valoración de la oferta debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el PCEA y en el de prescripciones técnicas.

A ello cabe añadir que, como señalan el órgano de contratación y la adjudicataria, es cierto que la valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor corresponde a los órganos de contratación con el apoyo técnico correspondiente, en virtud de la discrecionalidad técnica que les es dada, pero no lo es menos, que dicha discrecionalidad también es susceptible de control aplicando los parámetros de la motivación, la racionalidad, o el respeto al principio de igualdad, que sirven para deslindar el concepto discrecionalidad, frente a la arbitrariedad.

Desde estas premisas procede examinar cada uno de los motivos concretos hechos valer en el recurso especial.

1. Considera la recurrente que la valoración de los criterios valorables (estipulación 3.5), según el PCEA se ha llevado a cabo de forma arbitraria en el Informe de Valoración. En concreto se aduce que la valoración técnica de las propuestas de Gestión Energética de la Prestación P1, de la propuesta del Programa de Mantenimiento de la Prestación P2 y de la propuesta de Garantía Total de la Prestación P3, a las que les corresponderían hasta 5 puntos es incorrecta, señalando que *“De la documentación examinada ante el Ayuntamiento por parte de ELECNOR el 5 de marzo de 2015, se observa que ésta empresa es superior a la empresa IMESAPI (adjudicataria) en casi la totalidad de los aspectos analizados relativos a este punto (según se plasma en la siguiente tabla COMPARATIVA), y sin embargo tanto el Informe de Valoración como el órgano de Contratación, otorgan mayor puntuación a la empresa IMESAPI”*. Siendo la puntuación recibida por la empresa Imesapi (4,34 puntos) superior a la de Elecnor, S.A. (3,93 puntos). Acompaña a estas afirmaciones un cuadro comparativo de las valoraciones por conceptos.

Por su parte el órgano de contratación en su informe explica cómo se realizó la valoración de los criterios subjetivos, ratificándose en las puntuaciones otorgadas y considerando que las alegaciones de la recurrente son injustificadas y carentes de toda lógica poniendo como ejemplo el caso de la relación de vehículos ofertados, en que la oferta de Elecnor efectivamente es superior a la de Imesapi, si bien dichos vehículos son innecesarios para el mantenimiento de la instalación que dispone el Ayuntamiento de Algete.

La adjudicataria por su parte considera que las afirmaciones de Elecnor respecto de su propuesta carecen de justificación y sin aportar ningún elemento probatorio que permita tener por ciertas sus aseveraciones.

Efectivamente el recurso contiene una serie de afirmaciones cuya adecuación solo puede ser considerada por este Tribunal a la vista del propio expediente administrativo y del informe de valoración, en relación con cada uno de los conceptos valorables, que se exponen en el recurso, constituyendo ambos documentos elementos correspondientes a la prueba documental. Debemos señalar con carácter previo que solo se van a examinar aquellos aspectos en los que la recurrente expone diferencias entre ambas ofertas, puesto que algunos de los conceptos de las ofertas, según la misma reconoce, son iguales.

-Plan básico de funcionamiento. Organización del servicio (punto 3.1). Se recoge en el cuadro aportado por la recurrente que ambas ofertas contemplan el organigrama completo sin detallar horarios, pero considera que su oferta es mejor que la de la adjudicataria, especificando que para el mantenimiento ordinario propone un responsable de obra, dos oficiales de primera y dos de segunda, uno de los cuales sería a tiempo parcial, mientras que Imesapi solo propone dos oficiales uno de primera y otro de segunda.

Así mismo considera mejor en relación con este apartado la oferta de Elecnor en cuanto a la relación de las categorías laborales puesto que Imesapi propone un técnico titulado (ingeniero industrial) un coordinador (encargado), un administrativo un oficial de primera y un oficial de segunda, mientras que Elecnor propone además un responsable de obra y dos oficiales electricistas de primera y dos de segunda, uno de ellos a tiempo parcial.

Entiende que también es mejor su oferta en cuanto a la relación de vehículos y medios previstos para el mantenimiento ordinario puesto que aporta 2 vehículos ligeros, 1 camión con cesta de 16 tm, 1 camión con pluma, mientras que Imesapi aporta un vehículo ligero, un vehículo con cesta de 15 tm, y un vehículo con grúa.

En el resto de conceptos considera que ambas ofertas son iguales, salvo en el calendario de puesta en marcha del contrato, en que la oferta de Imesapi es mejor. Por lo tanto de 6 ítems aplicables al concepto “Plan básico de funcionamiento. Organización del servicio”, entiende que en tres (uno de los cuales se trata en dos apartados) su oferta es mejor, mientras que solo en uno es mejor la de Imesapi.

Para abordar la valoración de los criterios subjetivos, debe tenerse en cuenta que los pliegos no asignan un número de puntos a cada elemento ofertado o le atribuyen un valor económico que permitiera considerar, por ejemplo, que un mayor número de vehículos o una mayor especialización técnica o profesional suponen una ventaja valorable por encima de las ofertas de otros licitadores, sino que corresponde a los técnicos correspondientes concedores de la realidad del municipio en que se va a desarrollar el contrato, ponderar la importancia relativa que deba darse a cada elemento, en el ámbito de la discrecionalidad técnica, y su adecuación al objeto del contrato. De manera que lo que puede ser considerado ventajoso por un licitador puede no serlo desde la óptica del órgano de contratación. Resulta ilustrativa en este sentido la conclusión relativa al apartado de vehículos traída a colación por el órgano de contratación, cuando afirma que dos vehículos son

innecesarios para el mantenimiento de la instalación de que dispone el Ayuntamiento de Algete.

Como más arriba hemos indicado este Tribunal no puede sustituir el juicio técnico del órgano de valoración, sin que se hayan observado que la valoración se aparte de los parámetros de control de la arbitrariedad que justifican su intervención, en cuanto al punto 3.1.

- Disposición de personal (punto 3.2). En este apartado la recurrente pone de manifiesto que ambas ofertas son iguales en cuanto al organigrama del servicio, pero que su oferta es mejor puesto que aporta documentación acreditativa de estar al corriente de las obligaciones exigidas conforme a la ley de previsión de riesgos laborales.

En este punto, tal y como resulta del informe de valoración la oferta de la recurrente obtiene 0,357 puntos, mientras que la de la adjudicataria obtiene 0,238 puntos, de manera que la diferencia puesta de manifiesto por la recurrente encuentra su reflejo en la valoración efectuada por lo que ningún reproche puede hacerse a la valoración en este punto.

- Medios de transporte y elevación, (punto 3.4). Este punto reproduce las apreciaciones del apartado 3.2 por lo que debe entenderse aplicable la misma conclusión.

- Servicio de guardia (punto 3.7). En relación con este punto la recurrente destaca que, si bien ambas ofertas contemplan un servicio de guardia permanente 24/ h., su oferta es mejor puesto que indica el tiempo de reparación en emergencias urgentes. En este caso al igual que en el relativo a la Disposición de personal, la diferencia puesta de manifiesto por la recurrente encuentra su reflejo en la valoración efectuada al haber obtenido la oferta de Elecnor 0,238 puntos y la de Imesapi, 0,1785 puntos, por lo que no se aprecia vulneración alguna de los

principios de la contratación en la valoración efectuada.

- Elaboración de un plan de mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior (punto 5.1). En relación con este punto la recurrente considera que su oferta es mejor en uno de los 6 conceptos que recoge, mientras que considera mejor la de Imesapi en dos aspectos e igual en el resto. Pero de nuevo esta diferencia reconocida por la propia recurrente, encuentra su reflejo en el cuadro de valoraciones habiendo obtenido su oferta 0,357 puntos frente a los 0,238 de la adjudicataria.

A la vista del anterior examen procede desestimar el recurso en cuanto a este motivo.

2. En relación con la valoración efectuada en el Informe Técnico en relación con el estado de las instalaciones objeto del contrato (baremada con hasta 7 puntos) este caso, señala la recurrente que tras el análisis de las propuestas de ambas empresas se observa que Elecnor centra su informe en las luminarias actuales y el nivel lumínico actual de los viales, mientras que Imesapi centra su informe en los centros de mando de alumbrado público. Del análisis de los factores valorados se observa que la empresa Elecnor es superior en tres (3) de los aspectos anteriormente analizados, mientras que la empresa Imesapi solo es superior a la empresa Elecnor en uno (1) de los aspectos analizados, estando en el resto de aspectos analizados empatados.

Respecto de la valoración de este apartado el técnico informante explica que una vez analizado el contenido de todas las ofertas con el objeto de dar una puntuación ecuánime, consideró 7 apartados atribuyendo un punto a cada uno.

Considera la recurrente que en este caso su oferta debió haber sido valorada con más puntos al ser superior, residenciando esta superioridad en la cantidad de fotos aportadas y el análisis individualizado de 215 vías del municipio.

En primer lugar debe destacarse que la diferencia de puntos a favor de IMESAPI es de 1, pero este Tribunal considera de nuevo aplicando la discrecionalidad técnica que le es dada al órgano de contratación, que la misma responde a criterios objetivos razonables, puesto que como se señala en el informe preceptivo, y se comprueba en el expediente, no se ha cuantificado la cantidad de fotografías aportadas puesto que para el objeto final del concurso, que no es otro que el ahorro energético, lo importante es el conocimiento global de las instalaciones existentes *“entre las que se encuentra el Centro Neurálgico de todas instalación de alumbrado público, que son los centros de Mando precisamente y precisamente Elecnor no ha aportado ningún conocimiento”*.

Además añade que Imesapi sí realiza un estudio luminotécnico de 210 vías, considerando en ambos casos que tanto los 210 estudios de IMESAPI, como los 215 de Elecnor son exagerados puesto que las tipologías de las vías se repiten en muchos casos. Efectivamente este Tribunal comprueba que en el sobre 2 la adjudicataria aporta el estudio lumínico Dialux realizado de forma individualizada para distintas calles del municipio, además introduce planos del estado actual y mapas lumínicos del mismo y un Documento denominado Informe Técnico del estado real de las instalaciones.

Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo.

3. En cuanto a la valoración del plan de medida y verificación del ahorro en base al Ahorro energético propuesto, “Capacidad de actualización del plan la variación de las instalaciones. Detalle de las descripciones de los sistemas de medida y verificación”, valorable con hasta 5 puntos, la recurrente se limita a poner de relieve que siendo ambos Planes de medida y verificación muy similares se debería de haber puntuado a ambas empresas con la misma puntuación, sin embargo, en este caso, la puntuación de Imesapi (4 puntos) es superior a la de Elecnor (3 puntos).

De nuevo aquí la comprobación de la adecuación a derecho de la valoración debe hacerse partiendo de la discrecionalidad técnica del informante, que en este caso ha justificado suficientemente dicha valoración. En concreto señala que ambas empresas se han comprometido a seguir el protocolo internacional de medida y verificación, pero en este caso de las cuatro opciones de medida que permite dicho protocolo, la recurrente no se decanta por ninguna haciendo una remisión genérica al mismo, mientras que la adjudicataria se decanta expresamente por la opción A/ B “verificación aislada de mejora de eficiencia energética”, lo que justifica su mejor puntuación.

Este Tribunal comprueba que en la oferta de la adjudicataria efectivamente se propone como opción de medida en el punto 6.4 del documento 6, la opción A ó B, después de explicar sus ventajas y dificultades y las razones de su elección, por lo que de nuevo no se aprecia irregularidad alguna que justifique la estimación de este recurso por tal motivo.

Séptimo.- El examen de la valoración de las mejoras exige un tratamiento diferenciado. Se aduce que la valoración de las Mejoras con inversión cuantificable excluidas de la Prestación P4 (hasta 8 puntos) adolece de irregularidades. En concreto que la empresa Imesapi, presenta ocho (8) mejoras, las cuales no son en ningún momento detalladas en la oferta, ni se ha explicado en la misma su contenido y alcance, indicándose únicamente por el licitador adjudicatario el importe. A pesar de ello, el Informe de Valoración, sin justificar o motivar, acepta completamente los importes declarados por Imesapi y sólo reduce el importe aceptado en el caso dos (2) de las mejoras ofertadas. Añade además que tanto Elecnor como Imesapi ofrecen como mejora el “Mantenimiento de los semáforos de la ciudad” valorado por Elecnor en 195.000 euros y por Imesapi en 325.000 euros, sin embargo el Informe de Valoración, en lugar de aceptar como importe de la mejora el menor valor ofertado por las dos empresas, como realiza con otras mejoras, no reduce el importe de la mejora de Imesapi y le reconoce arbitrariamente 325.000 euros, lo cual supone

una gran ventaja para esa licitadora y una discriminación y perjuicio para Elecnor, S.A.

Por último en relación con este apartado del informe de valoración se señala que Elecnor ofrece como mejora aplazar el pago de las certificaciones por parte del Ayuntamiento de mensual a cada cuatro meses, mejora que favorece en gran medida la capacidad financiera del Ayuntamiento. La citada mejora valorada en 242.345,09 euros, es rechazada sin motivación al respecto.

De acuerdo con lo anterior solicita respecto de las mejoras que se valore la mejora de “Mantenimiento de los semáforos de la ciudad” con el mismo importe aceptado a las empresas Imesapi y Elecnor y se acepte a Elecnor la mejora “Forma de pago de las certificaciones por el Ayuntamiento”, solicitando subsidiariamente, que se anule el acuerdo de adjudicación y el procedimiento de licitación, en cuanto ha existido una asignación de puntos totalmente subjetiva que deriva en pura arbitrariedad constitucionalmente prohibida por el artículo 9.3 de la CE y no amparada por la discrecionalidad técnica de la Administración.

Cabe recordar, que, como ha indicado este Tribunal en varias ocasiones, entre otras en las Resoluciones 43/2011, de 28 de julio, 57/2013 de 17 de abril, o 92/2013, de 26 de junio, las mejoras deben ser objeto de definición de los pliegos, en aras de los principios que deben regir la contratación pública. El artículo 147 del TRLCSP establece que *“Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad”*. En tal caso, según el apartado 2 del citado artículo, deberá indicarse en el anuncio de licitación sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

Por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Siendo las mejoras a la postre criterios de adjudicación, a las mismas resulta de aplicación el artículo 150.2 del TRLCSP, cuando establece que para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, que serán establecidos por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento descriptivo.

Los criterios de adjudicación han de cumplir la condición de ser objetivos. En el caso que nos ocupa el PCEA se limita a señalar *“mejoras con inversión cuantificable excluidas de la Prestación P4”*. Así, el PCEA no concreta qué documentación debería aportarse para la valoración, ni cómo se repartiría la puntuación, ni sobre qué aspectos del objeto del contrato se aceptarían las propuestas de mejora, otorgando excesiva discrecionalidad a los técnicos encargados de la misma, al no tener definidos ni los elementos a valorar, ni una forma de puntuación determinada y prevista en el PCEA. De esta forma se reduce el grado de transparencia en la adjudicación y se dificulta el control que el órgano encargado de la resolución de recursos pueda realizar.

Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cuál es la económicamente más ventajosa.

En este sentido puede traerse a colación la Resolución 370/2014, del Tribunal Central de Recursos Contractuales, de 9 de mayo de 2014, *“En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre, 207/2013,*

de 5 de junio, 302/2011, 14 de diciembre, 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan, resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012), el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el pliego de cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el pliego”.

El principio de igualdad, rector de la licitación pública, y su vertiente del principio de transparencia, implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111).

Es cierto que el pliego no fue objeto de recurso, ni en relación con esta ni con ninguna otra cuestión, y que ha sido solo a la vista del resultado de la valoración, que se cuestiona de forma indirecta la validez del todo el procedimiento de licitación, planteando esta pretensión de forma subsidiaria respecto de la principal de nulidad de la valoración, y que el órgano de contratación ofrece en su informe justificación cumplida de la valoración efectuada de cada una de las mejoras propuestas por la recurrente y de su valoración. Pero también lo es, que con carácter general los órganos encargados de la resolución del recurso especial (Vid. TCRC 370/2014 ó Resolución TCRC 302/2011, 14 de diciembre) vienen considerando que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho “... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación

discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”.

Como también señalábamos en nuestra Resolución 57/2013, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. Además como ha declarado el TJUE (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) *“los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”.*

En este caso, cabe analizar si la valoración efectuada de las mejoras se puede objetivar de alguna forma con el objeto de evitar la sanción extrema de nulidad de todo el procedimiento, siendo la nulidad un remedio excepcional, sin menoscabar los derechos de los licitadores y los principios que rigen la contratación pública, especialmente el principio de igualdad al que venimos haciendo referencia.

En el informe del órgano de contratación se explica respecto de las dos concretas infracciones alegadas por la recurrente, que no se han igualado a la baja las valoraciones del mantenimiento de semáforos frente a otras mejoras, porque ninguna de las ofertas alcanza el coste actual del servicio que el Ayuntamiento tiene contratado con Televent, a diferencia de otras mejoras en que el precio propuesto se consideraba excesivo. Así se indica que se han contrastado las ofertas con el valor actual del contrato actual que asciende a 34.475 euros /año que llevados a los 13 años del contrato (considerando un valor de inflación 0) supone un valor de 441.175 euros, de lo que resulta que *“aunque ninguna de las ofertas alcanza el coste real*

que tiene el Ayuntamiento por este servicio, el riesgo de igualar a todas por igual podría suponer el riesgo de no cubrir el 100% del servicio. Así se consideran todas las ofertas y no se equiparan a la más baja”.

Respecto de la mejora en cuanto a la financiación se explica que no se entró a su valoración ya que no se consideraba apreciable tal y como se explica, teniendo en cuenta la Resolución de 5 de febrero de 2015, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Estado, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento. Así señala que si tenemos en cuenta que el Tesoro se está financiando a tres meses al tipo del 0.004% hablaríamos de un coste de financiación de los plazos del contrato de un 1% anual, lejos de la rentabilidad valorada por el licitante y lejos de ser un coste reseñable para su valoración como mejora (242.345,09 euros).

Examinada dicha justificación este Tribunal considera que no es posible reconducir la valoración de las ofertas en términos que respeten los principios de libre concurrencia y de igualdad, al carecer este Tribunal,- al igual que los licitadores a la hora de presentar sus ofertas-, de elementos objetivos para determinar qué mejoras son admisibles y la forma de valorar las mismas. En consecuencia necesariamente,- aun sin desconocer que se trata de la segunda ocasión en que se anula todo el procedimiento de licitación en relación con este contrato,- se ha de declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación, que habrá de reanudarse desde su acuerdo inicial, en el supuesto de que siguiese existiendo el motivo o causa para el inicio de un nuevo expediente de contratación. En el nuevo Pliego se incluirán criterios de adjudicación objetivos, determinando los supuestos en que proceden las mejoras (en el supuesto de considerarlas criterio de adjudicación), los elementos sobre los que pueden recaer, la ponderación y la manera de acreditarlas y la forma de valoración.

Séptimo.- Resta aun pronunciarse sobre la imposición de una multa por mala fe o temeridad solicitada por el órgano de contratación y una compensación por el pago

de la tasa efectuado. 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 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.”*

En este caso, no resulta acreditada la mala fe necesaria para la interposición de la multa, máxime cuando no resulta acreditado que la recurrente vaya a obtener beneficio alguno del retraso en la ejecución del contrato que lleva consigo la interposición del recurso, ni tampoco aprecia este Tribunal temeridad en los términos antes expuestos para imponer la multa solicitada, al haberse apreciado uno de los motivos hechos valer en el mismo. Por el mismo motivo tampoco se aprecia la procedencia de la compensación del importe de la tasa, que se devenga, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87 de la Ley 27/1997, de 26 de diciembre, de Tasas

y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, como consecuencia de la realización de actividades competencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, específicamente, la tramitación y resolución de los recursos especiales en materia de contratación y de las en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso interpuesto por doña S.P.G., en nombre y representación de Elecnor, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Algete de fecha 26 de febrero de 2015 por el que se adjudica el contrato “Suministro de energía eléctrica para las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Algete”, nº de expediente: SUM 02/14, por lo que se refiere a la pretensión de corrección de la valoración efectuada.

Segundo.- Estimar la pretensión subsidiaria, de anular la adjudicación, declarando la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación consistente en las mejoras, y en consecuencia, la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación, que habrá de reanudarse desde su acuerdo inicial.

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 del TRLCSP.