

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

En Madrid, a 12 de junio de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don F.S.S., en nombre y representación de Televida Servicios Sociosanitarios, S.L., contra la Resolución de la Federación Española de Municipios y Provincias (F.E.M.P.), por la que se adjudica el contrato “Servicio de teleasistencia para la Comunidad de Madrid”, nº de expediente: 1/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Debe tenerse en cuenta como antecedente de la licitación, que el 30 de diciembre de 2014, la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid y la F.E.M.P. suscribieron un convenio, cuyo objeto es la colaboración de ambas, en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma, en la prestación, desarrollo y ejecución del Servicio de Teleasistencia prestado por los entes locales madrileños, correspondiendo, de acuerdo con la cláusula octava de dicho Convenio, a la F.E.M.P. contratar la prestación del Servicio de Teleasistencia.

Con fecha 16 de enero de 2015 se publicó en el perfil de contratante de

la F.E.M.P. y en la Plataforma de Contratación del Estado, el anuncio de licitación para la contratación, mediante procedimiento abierto del “Servicio de Teleasistencia para la Comunidad de Madrid”, nº de expediente 1/2015, dividido en dos lotes -Zona periférica y Zona metropolitana- y los pliegos de que rigen dicha contratación. En el anuncio de la convocatoria se hace constar que el valor estimado del contrato y su importe es de 0 euros y su duración tres años, pudiendo prorrogarse tácitamente por un máximo de dos periodos consecutivos de igual duración. Sin embargo, el Convenio firmado entre Cruz Roja y la Comunidad de Madrid, obrante en el expediente administrativo, incorpora dos tablas de precios en el Anexo de financiación, en las que consta un coste total anual de la prestación correspondiente al área metropolitana de 4.382.172,60 euros y para la zona periférica de 1.376.679,12 euros.

Interesa destacar a los efectos del presente recurso, que de acuerdo con el Documento de Bases para la contratación, que rige la licitación, los criterios de adjudicación del contrato son:

- Calidad del proyecto Hasta 55 puntos
- Oferta económica Hasta 30 puntos
- Mejoras técnicas y sociales Hasta 15 puntos.

Dentro del criterio calidad del proyecto, la puntuación se subdivide a su vez, asignándose al Programa de Trabajo y Organización del Servicio hasta 36 puntos, para lo que se fijan determinados aspectos a valorar: Descripción sociodemográfica del territorio a concurso, objetivos del servicio de Teleasistencia específicos al territorio objeto de concurso, programa de trabajo para la continuidad del servicio (descripción temporalizada del procedimiento a seguir), prestaciones, organización y funcionamiento del Servicio, valoración del total de trabajadores adscritos a la prestación del servicio, indicando el total de categorías profesionales ofertadas y cualificación, ratios categoría profesional / servicios de Teleasistencia y organización y coordinación.

Asimismo el contenido de las mejoras se desglosa en diversos aspectos

como: dispositivos periféricos ofertados sobre el total de terminales (hasta 10 puntos), subsanación de averías y reparaciones 24 horas (3 puntos), plan de formación continua remunerada (3 puntos) y plan de formación inicial remunerada (2 puntos).

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cinco licitadoras para cada lote entre ellas la recurrente.

Una vez abiertas las ofertas de las licitadoras, y realizados los correspondientes informes de valoración, con fecha 23 de abril de 2015 se reunió la Mesa de contratación que, con la valoración de las ofertas técnicas antedichas y la valoración de las ofertas económicas realizada por el Departamento Económico-Financiero de la F.E.M.P., procedió a trasladar la propuesta de adjudicación al órgano de contratación de la F.E.M.P.- su Secretario General-, que con fecha 12 de mayo de 2015, dictó resolución adjudicando el contrato, para ambos lotes, a las licitadoras en compromiso de UTE SAR Quavitae-Telefónica (en adelante la UTE), resolución que, con la misma fecha fue notificada al adjudicatario y al resto de los licitadores el día 13 de mayo.

En la indicada notificación consta el detalle de las puntuaciones obtenidas por cada licitador en un cuadro y se adjuntan dos documentos: Resolución de adjudicación y documento resumen de los criterios de valoración técnica de la oferta adjudicataria.

Tercero.- Contra dicha Resolución Televida Servicios Sociosanitarios, S.L. (en adelante Televida) interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal el día 29 de mayo de 2015, que lo comunicó a la F.E.M.P. ese mismo día requiriendo, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el indicado precepto, lo que se verificó el 2 de junio siguiente.

En el recurso se solicita que se anule la Resolución de adjudicación y el propio expediente de contratación, a fin de que se vuelva a convocar una nueva licitación, con cumplimiento de las disposiciones legales y subsidiariamente se proceda a anular la Resolución recurrida y las valoraciones técnicas que la fundan, ordenando que se vuelva a valorar la documentación administrativa presentada por la UTE y los Proyectos Técnicos presentados por los licitadores de acuerdo a los criterios de valoración establecidos en los pliegos.

Asimismo solicita que se interese expresamente al Órgano de Contratación que junto con el expediente de contratación que remita a este Tribunal, adjunte la documentación administrativas aportadas por la UTE, en el Sobre A, y que fue declarada suficiente incurriendo en casusa de incompatibilidad.

Fundamenta sus pretensiones en diversas causas que se expondrán con el fondo del recurso, si bien cabe advertir que, aunque en su escrito de alegaciones al recurso 66/2015, interpuesto por Cruz Roja de la Comunidad de Madrid en el mismo expediente de contratación, la ahora recurrente coincidía con esta en la falta de motivación de la resolución recurrida, en el recurso interpuesto no hace valer esta cuestión.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP, solicita la desestimación del recurso con los argumentos que se expondrán más adelante.

Cuarto.- Habiéndose dado traslado del recurso al resto de licitadores interesados, el 10 de junio de 2015, ha presentado escrito de alegaciones la adjudicataria del contrato en las que después de afirmar la incompetencia del Tribunal al tratarse -a pesar de su calificación, de un contrato de gestión de servicios públicos-, con una duración inferior a cinco años, señala que la viabilidad económica de la oferta de la adjudicataria no es un criterio determinante de la validez del acto de adjudicación, que no existen irregularidades en la valoración de los criterios y que tampoco ha

existido en el procedimiento el defecto de forma alegado por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.5 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de personas jurídicas *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.”*

Asimismo resulta acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la Resolución del Secretario General de la F.E.M.P. de 12 de julio de 2015, por la que se adjudica un contrato de servicios catalogado como “Servicios de asistencia social”, CPV85310000, de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado superior a 207.000 euros, IVA excluido, que es uno de los actos que constituyen el ámbito de aplicación del recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Puesto que la adjudicataria del contrato en su escrito de alegaciones al recurso 66/2015, plantea la incompetencia de este Tribunal dado que, según afirma, al tratarse el contrato -a pesar de su calificación, de un contrato de gestión de servicios públicos- con una duración inferior a cinco años, y por tanto no supera los umbrales del artículo 40.1.c) del TRLCSP, es preciso determinar únicamente a efectos de establecer la procedencia del recurso, como cuestión de orden público, la naturaleza del contrato cuya adjudicación es objeto del presente recurso.

Con tal finalidad nos remitimos a las conclusiones sobre esta cuestión recogidas en la Resolución dictada en el indicado recurso en las que señalábamos que en el contrato de “Servicio de teleasistencia para la Comunidad de Madrid”, no se produce la traslación del riesgo necesaria, siendo el riesgo a asumir por el adjudicatario, el derivado de toda prestación contractual que se produce a riesgo y ventura del contratista. A ello cabe añadir, sin perjuicio de que el contrato carece de gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros, que su duración no es inferior a cinco años, puesto que deben tenerse en cuenta no solo su duración inicial sino también las posibles prórrogas que en este caso, pueden ser dos. De esta forma el contrato podría alcanzar la duración de 9 años.

Sentado que nos hallamos ante un contrato adecuadamente calificado de servicios, cabe aclarar que en el anuncio de la convocatoria se indica que el valor estimado del contrato es de 0 euros, aunque en la documentación remitida a este Tribunal no consta ningún documento al respecto. Sin embargo, tal y como se ha indicado en la exposición de hechos de esta Resolución, la convocatoria del presente contrato, trae causa de un Convenio de colaboración, firmado entre la F.E.M.P. y la Comunidad de Madrid, al que se acompañan sendos cuadros de costes del servicio para cada zona, de los que resulta un coste total anual del servicio para ambas zonas de 5.758.851,72 euros.

Conforme a lo indicado en el Informe 43/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, *“El valor estimado del contrato debe figurar en el expediente de contratación a efectos de poder determinar si el contrato está o no sujeto a regulación armonizada y, en su caso, qué procedimiento de adjudicación debe seguirse Sin embargo, la determinación del documento concreto en que dicho valor deba figurar no es función concreta de la Junta, pues, evidentemente, ante la falta de una disposición que lo establezca, basta con señalar que deberá figurar en alguno de los documentos que se incorporan al expediente de contratación, a fin de que se pueda proceder a la fiscalización previa y a la posterior aprobación del expediente (artículos 93 y 94 de la LCSP)”*.

En este caso, en el expediente remitido a este Tribunal no consta el valor estimado del contrato, únicamente ante tal falta, presumiblemente, en la plataforma de contratación del Estado se hace constar que el mismo es 0 euros. No obstante lo anterior y teniendo en cuenta, como decimos la potestad del Tribunal para apreciar la procedencia del recurso especial y por ende su propia competencia, debe fijarse el valor estimado del contrato, para cuya determinación debe partirse de un criterio de globalidad. En este sentido cabe citar la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2007, C-220/05, Auroux, que respecto de la determinación del valor estimado en los contratos señala *“para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que comprende no sólo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros.”*

Por su parte el artículo 88.1 del TRLCSP recogiendo los anteriores parámetros señala que *“El valor estimado del contrato vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación”*, añadiendo que *“para el cálculo del importe total estimado de los contratos deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato”*. En el mismo sentido el artículo 195 c) del Real Decreto 1098/01, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, (RGLCAP) establece respecto de los contratos de servicios que para determinar el valor del contrato se incluirá en todo caso el valor total de la remuneración a percibir por el contratista.

Sentados los anteriores criterios y siendo así que en los anexos de costes del Convenio se fijan unos costes totales anuales de más de cinco millones de euros y que el contrato tiene una posible duración de 9 años, qué duda cabe de que su valor estimado supera con creces los 207.000 euros fijados como umbral en el artículo 40.1.b) del TRLCSP, para la procedencia del recurso especial, frente a los actos dictados en los contratos de servicios.

Cuarto.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*, habiéndose remitido la notificación de la adjudicación el día 13 de mayo de 2015, el recurso interpuesto el día 29 del mismo mes, estaría en plazo.

Quinto.- Respecto al fondo del recurso planteado, la recurrente hace valer dos pretensiones subsidiarias, o bien que se declare la nulidad de todo el proceso de licitación o de la Resolución de adjudicación, ordenando que se vuelva a valorar la documentación administrativa presentada por la UTE adjudicataria y los proyectos técnicos presentados por los licitadores de acuerdo a los criterios de valoración previstos en los pliegos, aduciendo para ello diversos incumplimientos.

En el recurso se imputan diversos defectos a la valoración efectuada, por un lado la falta de apreciación de la inviabilidad técnica y económica de la oferta adjudicataria, y de otro la valoración de algunos criterios que no habían sido establecidos como tales en las bases del concurso, que además han servido para justificar la mejor puntuación técnica de la UTE, dejando a las demás empresas en clara desigualdad en cuanto a la valoración de sus proyectos. Teniendo en cuenta que algunos de los defectos alegados podrían determinar la nulidad de todo el procedimiento de licitación el examen de los fundamentos del recurso se realizará por el orden correspondiente a la mayor extensión de los efectos de su estimación.

1.- Afirma la recurrente que el informe de valoración, al explicar su metodología, pone de relieve que se han tenido en cuenta criterios, que además de no estar previstos en el documentos de bases del concurso, no constituyen mejora alguna para la prestación del servicio, y que *“de haber sabido que este tipo de mejoras económicas al servicio eran un factor puntuable y a tener en cuenta, el resto de las empresas licitadoras, podríamos haber realizado otro tipo de oferta”*.

Por su parte la F.E.M.P. señala que el informe a que se hace referencia en el recurso no es el informe de valoración completo, sino tan solo el resumen de la valoración de la oferta de la adjudicataria, que se acompañaba a la notificación de la Resolución de adjudicación, y atendiendo a ese informe, comprobaremos que en la oferta técnica de la adjudicataria, en el apartado “Mejoras/innovaciones, en lo relativo a las prestaciones, organización y funcionamiento” (págs. 32 y 58) no figura valoración alguna relativa a “la oferta de plazas temporales de residencia (emergencias), ayuda económica para adaptaciones del hogar, ayuda económica a usuarios en situación de pobreza energética, etc”.

La adjudicataria considera que esta alegación carece de la más mínima trascendencia jurídica para afectar a la validez del acto de adjudicación del contrato impugnado por la recurrente, considerando que *“no parece que exija especial discusión corroborar que los criterios de valoración técnica expresados por el órgano de contratación en el informe aportado como Documento 5 del recurso de TELEVIDA eran perfectamente subsumibles dentro de los criterios de valoración de las ofertas contenidos en el apartado 13 del Pliego”*.

En primer lugar cabe señalar que los posibles errores cometidos por la recurrente en cuanto a la apreciación de la corrección de la valoración efectuada, parten sin duda de la información parcial que se acompañaba junto con la Resolución de adjudicación. Esto no obstante, examinado el expediente administrativo por este Tribunal, se comprueba que efectivamente en el informe técnico para la valoración de las ofertas presentadas, fechado el 9 de abril de 2015, se explica en su introducción que a la hora de valorar el criterio “Calidad del proyecto” se han tenido en cuenta dentro del apartado “Programa de trabajo y organización del servicio”, subapartado “Prestación, organización y funcionamiento del servicio”, *“Mejoras respecto a las prestaciones del pliego como: plazas temporales de residencia (emergencias), ayuda económica para adaptaciones del hogar, ayuda económica para usuarios en situación, de pobreza energética, etc.”*, y que en el apartado Recursos Humanos se indica que se ha valorado *“la especialización profesional a través de una variada tipología de perfiles y la*

posibilidad de ofrecer diferentes figuras profesionales”.

Por su parte la oferta de la adjudicataria contiene una Memoria descriptiva de las mejoras económicas, técnicas de recursos humanos y de gestión, en las que aparecen 12 actividades de ocio y tiempo libre, un compromiso de abono de 100 euros a 100 familias en situación de pobreza energética, ayudas de alimentación básica y productos de higiene personal de 50 euros a 100 familias y también el compromiso de adaptar el entorno de 5 domicilios valorados previamente por las entidades locales.

Frente a lo aducido por la F.E.M.P. afirmando que en la valoración de la propuesta de la adjudicataria no se ha tenido en cuenta la oferta de plazas temporales de residencia (emergencias), ayuda económica para adaptaciones del hogar, ayuda económica a usuarios en situación de pobreza energética, etc., se constata que en el informe de valoración en el apartado “Mejoras/innovaciones en lo relativo a las prestaciones, organización y funcionamiento” (página 32) se recoge el contenido valorado de la oferta de la adjudicataria en los siguientes términos: *“12 actividades anuales de ocio y tiempo libre/programa de capacitación del cuidador/tratamiento de la cronicidad/dispositivos telemedicina Ayudas técnicas 1000€/ Adaptación 2 domicilios/ todos los crónicos de alto riesgo con vídeo TA. (...)”.*

De esta forma consta que sí se han tenido en cuenta a la hora de valorar el programa de trabajo y la organización del servicio de la oferta de la adjudicataria, la realización de las 12 actividades de ocio propuestas, y la adaptación de 2 domicilios de los 5 propuestos. Sin embargo, las ayudas técnicas de 1000 euros que aparecen en el informe junto con los dispositivos de telemedicina, no están identificadas como tales en la memoria descriptiva de las mejoras incluida en la oferta de la adjudicataria, ni tampoco en el punto 2.1.7 descriptivo del equipamiento tecnológico, pudiendo quizá considerarse que forman parte del compromiso de abono de ayudas hasta el importe de 1.000 euros. No se contiene en el informe ninguna conclusión sobre las mejoras no tenidas en cuenta a la hora de valorar el criterio “Calidad del proyecto”, lo que tampoco facilita la tarea de determinar qué aspectos de la oferta

son objeto de valoración en este punto y por tanto, y más importante, serían exigibles al contratista, al haber sido tenidos en cuenta en la valoración.

En primer lugar advertir que a pesar de la terminología utilizada, el Documento de Bases no califica o define los aspectos indicados como mejoras en los términos el artículo 147 del TRLCSP, sino que los mismos conforman los criterios de valoración subjetivos establecidos, en función de que supongan o no una mejora en la prestación del servicio en el concepto “Calidad del proyecto”, subcriterio “Programa de Trabajo y Organización del Servicio”. Todo sin perjuicio de tener en cuenta que las mejoras a la postre no son sino criterios de adjudicación y que por lo tanto deben recibir el mismo tratamiento por lo que al respecto de los principios rectores de la contratación pública se refiere, ya que por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias.

La doctrina sentada por los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación sobre la apreciación de los criterios de valoración, parte de la consideración del carácter vinculante de los pliegos que no solo obligan a los licitadores a estar y pasar por ellos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 115 y 145 del TRLSCP, sino también a los órganos de contratación, que como hemos señalado en varias ocasiones, no pueden relativizar el contenido de los pliegos en la fase de valoración. Junto a ello cabe añadir que los criterios de adjudicación establecidos con el objeto de identificar la oferta económica más ventajosa, deberán estar identificados en los pliegos, ser objetivos, de manera que respeten el principio de igualdad y de libre concurrencia y estar relacionados con el objeto del contrato, tal y como se establece en el artículo 150 del TRLCSP; debiendo entenderse que dichos elementos definidores de los criterios de valoración deben estar presentes, no solo en el momento de su fijación en los documentos que han de regir la licitación, sino también en el de su aplicación o valoración efectiva de las

ofertas, y durante toda la vida del contrato, como elemento que integra, el contenido de las obligaciones del contratista. En este sentido cabe traer a colación la Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd. contra County Council of the County of Mayo:

“41 (...), el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia con el fin de permitir verificar su cumplimiento (véase, por analogía, la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31).

42 Esto significa, más en concreto, que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma.

43 Esta obligación de transparencia implica asimismo que la entidad adjudicadora debe atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartados 88 y 89).

44 Finalmente, al evaluar las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores”.

Este Tribunal no desconoce que en materia de valoración de los criterios valorables mediante juicio de valor, el órgano de contratación goza de cierto margen de discrecionalidad técnica, reconocida entre otras muchas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, que sin embargo, encuentra unos límites cuyo respeto debe apreciarse en la fase de valoración *“la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativo”* y continua: *“la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado.”*

Sentado lo anterior, se aprecia en el caso que nos ocupa que a la hora de

aplicar el criterio, “Calidad del proyecto”, subcriterio “Programa de Trabajo y Organización del Servicio”, se han tenido en cuenta elementos que no guardan la debida relación con el objeto del contrato, -que no olvidemos es la prestación del servicio de teleasistencia y no un servicio de asistencia integral para mayores y dependientes en la Comunidad de Madrid- y no atienden a la selección de la oferta económicamente más ventajosa, vulnerándose así el principio de transparencia, de objetividad y de igualdad entre los licitadores, por más que su apreciación tenga la loable finalidad de mejorar la calidad de vida para los usuarios del servicios de teleasistencia. Ello implica que a la postre el tratamiento que han recibido las propuestas que no encajan con los criterios de valoración de la calidad del proyecto ha sido el de mejoras, que sin embargo no estaban previstas en el Documento de Bases.

Además, no aparece debidamente motivada en el informe de valoración la apreciación de las propuestas de la UTE adjudicataria, ni tampoco las razones que justificarían su no consideración -al menos parcial- dificultando cuando menos, si no imposibilitando en algunos aspectos, la revisión por este Tribunal de los elementos reglados que forman parte de la valoración efectuada. Esta dificultad también afecta al resto de los licitadores, en cuanto al conocimiento de las razones que han llevado a la adjudicación del contrato a la UTE adjudicataria y el planteamiento de un posible recurso fundado. Y lo que es más importante, dificultarían de permanecer, la labor del propio órgano de contratación para exigir su cumplimiento durante la ejecución del contrato.

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 43/2011, de 28 de julio, o la Resolución 92/2013, de 26 de junio, los requisitos para que se puedan admitir las variantes o mejoras son: que se autoricen expresamente por el órgano de contratación, que guarden relación con el objeto del contrato, que sean previstas expresamente en el pliego y en los anuncios y que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

Teniendo en cuenta que las propuestas de la adjudicataria no pueden ser

valoradas como criterios de adjudicación por lo más arriba señalado, cabe añadir que tampoco pueden ser consideradas mejoras, como parece haber hecho el órgano de contratación al no estar en el elenco de las admisibles por el pliego, partiendo de la consideración de que para su válida apreciación, las mejoras deben estar previamente delimitadas en los pliegos, tanto por lo que se refiere a las admisibles, como a su forma de valoración, que deberá garantizar que no se altere la ponderación de los otros criterios de adjudicación, tal y como entre otras se ha señalado por este Tribunal en la Resolución 55/2015, de 15 de abril.

Debe por tanto anularse la valoración efectuada por este motivo.

2.- Asimismo se señala que, en el apartado referente a la valoración de Instalaciones, infraestructuras, soporte informático de gestión y equipamientos tecnológicos, la justificación de la puntuación otorgada es manifiestamente improcedente al basarse en que *“La garantía tecnológica y material de los servicios viene contrastada al ser una de las empresas que viene prestando el servicio en la actualidad, sin que se hayan detectado deficiencias tecnológicas ni en la prestación del servicio”*, indicando en apoyo de su afirmación que la tecnología y la solvencia tecnológica de una empresa, no pueden ser valoradas exclusivamente porque aquella haya funcionado, sino por funcionalidades de la plataforma, de los equipos, sistemas de respaldo, seguridad de la información, etc., recordando asimismo que si la experiencia de la Comunidad de Madrid y la F.E.M.P. con la tecnología utilizada por la UTE ha sido adecuada durante estos años, se deberían tener en cuenta para el resto de licitadores los certificados de buena prestación del servicio sin incidencias de las entidades que avalan al resto de empresas licitadoras.

La F.E.M.P. señala al respecto que la oferta técnica de la adjudicataria en lo referente a los medios técnicos no ha sido valorada exclusivamente porque la tecnología propuesta por ella ya esté funcionando *“Podrá achacarse que la redacción de ese párrafo no sea muy afortunada, pero no que este aspecto se haya valorado exclusivamente en función de que la tecnología propuesta esté ya funcionando correctamente”*. Por su parte la adjudicataria alega que la mención

indicada del informe *“es un simple comentario de la adecuada aplicación del criterio genérico de valoración de este apartado expresado en el informe (Documento 5 del recurso) consistente en tener en cuenta la fortaleza de la infraestructura tecnológica de la entidad”*, llamando la atención sobre el hecho de que este mismo comentario se reproduzca respecto de otras licitadoras, específicamente sobre la menor valoración que de acuerdo con el informe de valoración merece la oferta de la recurrente al tratarse de un sistema por montar.

Examinado el informe de valoración en relación con el criterio de adjudicación “Medios materiales y técnicos”, subcriterio “Instalaciones, infraestructuras, soporte informático de gestión y equipamiento tecnológico”, se comprueba que se asignan 10 puntos por este concepto a la adjudicataria, recogiendo los elementos que justifican dicha puntuación de forma pormenorizada, sin que entre tales elementos conste ninguno relacionado con la experiencia. Pero en la conclusión del apartado relativo a la valoración se hace referencia a la garantía tecnológica y material de los servicios derivada de la actual prestación del servicio por la recurrente. Debe añadirse que en la valoración de las ofertas de las tres empresas que vienen desempeñando el servicio hasta la fecha consta exactamente la misma referencia.

Nada hace pensar que, a pesar de haberlo recogido así en el informe de valoración, la experiencia de las empresas no haya sido tomada en cuenta, como afirma el órgano de contratación, ya que de ser así la referencia en los tres casos sería ociosa, sirviendo en este caso como elemento interpretativo que las tres empresas que vienen desarrollando el servicio en las distintas zonas, han obtenido en este apartado mayor puntuación que las que no lo han desempeñado.

Cabe recordar que el artículo 150 del TRLCSP establece que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”*, enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva, pues termina con una referencia a *“otros semejantes”*, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros

criterios. En tal sentido, los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación (calidad, precio, cantidad, plazo de ejecución, coste de utilización o rentabilidad técnica).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 (Dimos Alexandroupolis), distingue entre los criterios que pueden utilizarse como “criterios de adjudicación” y “criterios de selección cualitativa” destinados los primeros a la adjudicación del contrato y a la selección de los operadores los segundos. Asimismo establece esta Sentencia normas para la elección de criterios de adjudicación. Así, señala que si bien es cierto que, *“los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1 de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa”*. (...) *“Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa sino que están vinculados, en esencia a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.”*

De esta forma tal y como este Tribunal ha sostenido entre otras en sus resoluciones 20/2011, o 37/2012, la experiencia en la prestación del servicio no puede ser criterio de adjudicación, sin perjuicio de la posibilidad, que no concurre en este caso, de tener en cuenta la experiencia del personal adscrito a la ejecución de ciertos contratos de especial complejidad técnica partir de las matizaciones de la jurisprudencia europea y del artículo 67.2.b) de la Directiva 2014/24/UE.

Es cierto que, en este caso, de forma directa no se afirma que se esté valorando la experiencia como criterio de adjudicación, pero todo apunta, al haberse explicado así en el informe de valoración, a pesar de la escasa motivación en este punto, a que se ha considerado positivamente la gestión de las adjudicatarias de

contratos anteriores. Por su parte las alegaciones de la adjudicataria no hacen sino corroborar lo anterior, puesto que según afirma se ha tenido “*en cuenta la fortaleza de la infraestructura tecnológica de la entidad*” y se ha aplicado el criterio para otorgar menos puntuación a empresas que no venían desempeñando el servicio porque el sistema para la implantación del servicio aun está por montar.

3.- En cuanto a la valoración de Recursos Humanos aduce la recurrente que la definición del criterio establecido en el documento de Bases para la contratación comprende “*Valoración del total de trabajadores adscritos a la prestación del servicio. Total de categorías profesionales ofertadas y cualificación. Ratios categoría profesional/servicios de Teleasistencia. Organización y coordinación*”. Sin embargo, a la hora de valorar se ha tenido en cuenta “*(...) la especialización profesional a través de una variada tipología de perfiles y la posibilidad de ofrecer diferentes figuras profesionales*”. Por su parte el órgano de contratación señala que, “*a la hora de la valoración de los recursos humanos se haya tenido en cuenta la especialización profesional a través de una variada tipología de perfiles y la posibilidad de ofrecer diferentes figuras profesionales, encaja perfectamente en los criterios de valoración establecidos en las Bases del concurso, ya que en las mismas figura expresamente las categorías profesionales ofertadas y su cualificación*”.

Como más arriba hemos señalado, el principio de igualdad y transparencia en la contratación pública exige que todos los licitadores conozcan qué elementos de sus ofertas van a ser objeto de valoración, pero no puede pretenderse que los criterios estén definidos en todos y cada uno de sus aspectos o posibilidades, en los pliegos, pudiendo interpretarse que la variedad en la tipología de categorías profesionales o perfiles, puede subsumirse en el criterio de adjudicación relativo a los recursos humanos y en concreto, como señala el órgano de contratación, en el apartado “*Total de categorías profesionales ofertadas y cualificación*”.

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

4.- El mismo criterio debe seguirse respecto de la valoración de los protocolos de atención, puesto que a juicio de este Tribunal la explicación de cómo se ha valorado este criterio en el informe de 9 de abril de 2015, “*Se ha valorado fundamentalmente la presentación de protocolos adicionales convenientes para la mejor atención de los usuarios, que reflejan el conocimiento de la 'entidad de las necesidades de intervención y la disponibilidad de respuestas organizadas ante diferentes situaciones. Se ha penalizado la no descripción de contenidos que debe incluir un protocolo concreto*”, sí responde a la definición del criterio en el Documento de Bases: “*1.4.1 Valoración del grado de adecuación de los protocolos de atención exigidos en el pliego de prescripciones técnicas (2 puntos).*”

1.4.2. Otros protocolos de especial interés para la mejor calidad de la atención al usuario. (2 puntos).”

5.- En cuanto a la falta de viabilidad de la oferta, la recurrente la sitúa en dos elementos diferentes, de un lado el carácter deficitario del servicio, tal y como ha sido planteado por la adjudicataria y de otro la imposibilidad de atender al compromiso de realizar llamadas cada 5 días.

La F.E.M.P. reconduce esta alegación, para los dos casos descritos, a la viabilidad cuya justificación debe exigirse al licitador cuya oferta está incurso en presunción de temeridad, en los términos del artículo 152 del TRLCSP, para considerar que puesto que la oferta de la adjudicataria no implicaba una baja temeraria, no cabe hablar aquí de inviabilidad. La adjudicataria en su escrito de alegaciones afirma asimismo que no nos encontramos ante el supuesto que regula el artículo 152 del TRLCSP, aportando los cálculos sobre las bajas de todas la ofertas para concluir que la suya no se encontraba en presunción de temeridad.

Sin embargo no es esta la cuestión planteada por la recurrente, que pretende desvirtuar la corrección del informe de valoración sobre el presupuesto de que es imposible ejecutar las prestaciones objeto del contrato con los medios propuestos y al precio propuesto, sin que esta circunstancia se haya tenido en cuenta en el informe de valoración.

Además el órgano de contratación añade que el incumplimiento de los niveles de servicio ofertados, nos sitúan, no en la fase de preparación y adjudicación de los contratos sino en la de sus efectos y extinción correspondiendo a la jurisdicción civil la competencia para resolver las controversias que puedan surgir en esa fase. Pero de nuevo no nos encontramos ante el eventual incumplimiento del contrato, sino ante una valoración que en su caso, pudiera abocar al mismo, al haber dado por viable una oferta que en realidad no puede cumplirse en los términos ofertados y por tanto pactados.

En concreto se afirma que el proyecto planteado por Quavitae-Telefónica, es deficitario los dos primeros años de duración del mismo, para la Zona Metropolitana y tres para la Periférica, teniendo en cuenta el importe neto de la cifra de negocio ofertado por la adjudicataria y los costes de personal.

Otra cuestión es la de la imposibilidad fáctica de realizar llamadas de seguimiento cada cinco días, valorado en la oferta de la adjudicataria tal y como se expone en la página 5 del Resumen de valoración de la oferta de la adjudicataria. Esta frecuencia supone una mejora respecto de lo indicado en el PPT que exige que estas llamadas se realicen cada 7 días.

La recurrente adjunta dos cuadros (uno para cada zona del que vamos a recoger los datos de la Zona Metropolitana) en el que para un seguimiento del 100% de los terminales instalados (13.600) deberían realizarse un total de 114.240 llamadas al mes para cumplir con el objetivo marcado de una cada 5 días. Ello implica que siendo el total de horas de trabajo 6.092,8 con un total de 30 Teleoperadores se necesitarían 7,61 teleoperadores más de los ofertados, ello sin contar con las llamadas recibidas por estos, que obviamente no les permitirían durante su atención continuar con las llamadas de seguimiento.

Considera la adjudicataria que tal afirmación, además de partir de la suposición de que la empresa a la que represento no será capaz de maximizar su

eficiencia organizativa, en modo alguno afecta la validez del acto de adjudicación de este contrato, sino que se trataría de un aspecto atiente a la ejecución del contrato que se realizará a su riesgo y ventura.

Tal y como señala la adjudicataria para la atención de las llamadas en la Zona periférica la adjudicataria, no solo contará con los operadores, sino también con el equipo de coordinación otras figuras profesionales adicionales para intervención y seguimiento de los usuarios, destacando las figuras de Psicólogos, Diplomados en enfermería, Educadores Sociales, Terapeutas Ocupacionales y Nutricionista.

En este punto este Tribunal, advierte que *prima facie* la oferta adolece de inconsistencia, en tanto en cuanto con los cálculos efectuados por la recurrente no parece posible ejecutar el contrato en los términos propuestos, pero cabiendo la solicitud de aclaración de los términos de la oferta y correspondiendo en su caso a la Mesa la solicitud de aclaración no procedería sin más el rechazo de aquella en aras al principio de concurrencia. Ahora bien la discrecionalidad técnica que le es dada al órgano de contratación, no es suficiente para, sin ulterior explicación o aclaración sobre la viabilidad de la oferta, otorgar la máxima puntuación al proyecto técnico de la recurrente, por lo que considera que en su caso debería haberse solicitado una aclaración o justificación de dicha viabilidad, cuando parece que la oferta no puede ejecutarse con los medios propuestos en los términos del proyecto técnico.

6.- Respecto de las irregularidades del procedimiento esgrimidas por la recurrente en cuanto según afirma *“Todos los representantes de las empresas licitadoras que estuvimos presentes en la apertura de las plicas de los sobres A y B en fecha 2 de marzo de 2015, presenciamos, como el Sr. Presidente de la Mesa, D. FDT, procedió a la apertura de los sobres de la UTE Sar Quavitae-Telefonica y valoró detenidamente la documentación administrativa de la misma, determinando que la misma era suficiente, e incluso pidió disculpas por el tiempo que le había llevado el estudio de dicha documentación, dada la complejidad de la documentación de las UTES, para acto seguido indicar que no podía seguir en la*

mesa por ser incompatible el puesto de Presidente de la misma con su condición de Consejero de Telefónica”.

No es esta, sin embargo, la versión del órgano de contratación que sostiene que la inhibición y ausencia se produce en el momento en el que el Presidente tiene conocimiento de que una de las empresas que se integraba en la UTE que presentaba la oferta era Telefónica, empresa en la que tiene un familiar en el Consejo de Administración.

El tratamiento del conflicto de intereses es especialmente importante en una materia como la compra pública, tal y como se señaló en la Resolución 219/2014, de 10 de diciembre. El artículo 24 de la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuyo artículo 24, establece que *“Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.*

El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.”

Este concepto no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación para evitar que tales conflictos se produzcan, y la sanación de nulidad en el caso de que se dictaran actos en que concurra tal circunstancia. En concreto el artículo 319 del TRLCSP, establece que *“Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones*

Públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los casos y en la forma previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Para dilucidar esta cuestión únicamente puede valorarse y tenerse en cuenta el contenido de las actas en que se recogen los hechos y manifestaciones que los asistentes al acto consideren preciso realizar sobre los mismos. En este caso el acta correspondiente al acto público celebrado el día 2 de marzo de 2015, para proceder a la apertura de plicas de los sobres A y B consta *“Una vez se va a proceder a la apertura de los sobres A y B de la UTE formada por las empresas SARQUAVITAE - TELEFÓNICA el presidente de la Mesa. don F.D.T., Director General de los Servicios Jurídicos de la F.E.M.P., declara que desconocía que la empresa TELEFÓNICA fuese a presentarse a esta licitación a través de una UTE, y que de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no puede proseguir con la presidencia de la mesa, dado que tiene un familiar en el Consejo de dirección de dicha empresa, lo que es incompatible con esas funciones.*

Le sustituye en la presidencia de la mesa don F.A.N. de V subdirector de Recursos Humanos y Organización de la F.E.M.P., prosiguiéndose con la apertura de plicas”.

De esta forma al no encontrar apoyo documental en el expediente administrativo las afirmaciones de la recurrente y no haber aportado esta otra prueba de los extremos que aduce sobre esta cuestión, este Tribunal no puede sino no tener los hechos por probados. Sin embargo, a pesar de que el relato fáctico no se corresponde con el contenido del acta en todos sus extremos, lo cierto es que no se discute que el Presidente de la Mesa no se abstuvo hasta que no procedía abrir la documentación de la UTE de la que formaba parte telefónica, una vez abiertos y examinados los sobres de tres de las licitadoras, Cruz Roja, Atenzia, y Tunstall Televida.

De acuerdo con los términos del artículo 29 de la LRJ-PAC la abstención debe producirse respecto de toda intervención en el procedimiento, al no distinguir

entre las actuaciones que directamente afecten a los interesados con los que haya conflicto de intereses respecto del resto de interesados en los casos de concurrencia competitiva, de manera que la abstención debió haberse producido desde el primer momento tanto para examinar la documentación de la UTE de la que forma parte Telefónica con la que se produce el conflicto de intereses en cuestión, como del resto de las interesadas. Ahora bien a la vista del acta de 2 de marzo cabe apreciar que la presencia del presidente de la Mesa no determinó un trato discriminatorio para las licitadoras cuya documentación pudo haber examinado, ya que solo a una de las tres se le solicitó la subsanación de un defecto documental, que fue subsanado. Es por ello que este Tribunal entiende que a pesar de que la abstención no se produjo desde el primer momento, no existen elementos para considerar que se ha producido una grave irregularidad determinante de la nulidad de todo el procedimiento.

Sexto.- Debe aun determinarse el alcance de la estimación del recurso por lo que a la valoración subjetiva de las ofertas se refiere. Este Tribunal viene considerando, tal y como expone en su Resolución 24/2014 que en aquellos procedimientos de licitación en los que se prevén criterios valorables mediante fórmula junto con criterios susceptibles de juicio de valor, la intervención de un órgano revisando la valoración efectuada implica la alteración del orden de apertura de ofertas establecido en el artículo 150 del TRLCSP, como garantía de imparcialidad, al tener por objeto evitar que los técnicos encargados de valorar se vean influidos por la puntuación obtenida en los criterios objetivos. Por lo tanto a no ser posible realizar una nueva valoración ni poder sustituir el juicio técnico del órgano de contratación, este Tribunal considera que procede anular el procedimiento de licitación y convocar uno nuevo.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.S.S., en nombre y representación de Televida Servicios Sociosanitarios, S.L., contra la Resolución de la Federación Española de Municipios y Provincias (F.E.M.P.), por la que se adjudica el contrato “Servicio de teleasistencia para la Comunidad de Madrid” nº de expediente: 1/2015, declarando que procede anular el procedimiento de licitación, por los motivos expuestos en los fundamentos de derecho de esta Resolución. No obstante el procedimiento está anulado por la Resolución dictada en el recurso 74/2015, en esta misma sesión del pleno sin que concurren los requisitos para la acumulación de ambos.

Segundo.- 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.

Tercero.- 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.