

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

En Madrid, a 8 de octubre de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.M.G., en nombre y representación de Sima Deporte y Ocio, S.L., contra la Resolución de 5 de agosto de 2014 del Rector de la Universidad Carlos III, por la que se adjudica el “Acuerdo Marco para el servicio de asistencia técnica para las escuelas, cursos, selecciones deportivas y actividades deportivas y culturales universitarias en la Universidad Carlos III de Madrid”. Expediente nº: 2014/0002303-14AM14PA-CE, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de mayo de 2014, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas para la licitación del Acuerdo Marco para el servicio de asistencia técnica para las escuelas, cursos, selecciones deportivas y actividades deportivas y culturales universitarias en la Universidad Carlos III de Madrid, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios.

El valor estimado del contrato es de 1.600.000 euros.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que el Anexo II del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares (PCAP), por el que se rige la licitación establece como criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor los siguientes:

Procedimientos de Seguimiento, Evaluación y Control (12 puntos).

“Se valorará la previsión de sistema de seguimiento y autoevaluación de la gestión de la empresa y sus servicios diseñada para el caso objeto del contrato: definición de objetivos del seguimiento y la evaluación, conceptos evaluados y selección de indicadores cualitativos y cuantitativos, elección y preparación de instrumentos, recolección de datos, análisis de la información, presentación de resultados, toma de decisiones correctoras, implantación de medidas concretas..., y su periodificación.

Atendiendo a la extensión y profundidad del diseño del modelo presentado y a su adecuación al caso concreto objeto del contrato, se valorará este concepto de 0 a 12 puntos”.

Procedimiento de sustitución de los técnicos (12 puntos).

“Se valorará el sistema de reemplazo de técnicos, en función de la plantilla disponible y su cualificación. Debe contemplar cómo se sustituye a los técnicos en caso de baja o falta de asistencia y el plazo. Atendiendo a la extensión y profundidad del modelo y a la rapidez y agilidad de la sustitución, se valorará de 0 a 12 puntos”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron tres ofertas una de ellas la de la recurrente.

La valoración de los criterios que obedecen a juicio de valor se realizó por el Servicio de Espacio de Estudiantes, que emitió su informe con fecha 30 de junio de 2014, del que resulta una puntuación para la recurrente de 12 puntos y de 21 para la adjudicataria.

Una vez realizada la valoración de las ofertas presentadas, se reunió la Mesa de nuevo el 8 de julio, para proceder a la valoración de las ofertas de acuerdo a los criterios basados en cifras o porcentajes, sumar las puntuaciones y en acto público, realizar la clasificación de las empresas.

La empresa Sima Deporte y Ocio, S.L., solicitó el 10 de julio acceso al expediente que le fue puesto de manifiesto el día 16 de julio de 2014.

Mediante Resolución de 5 de agosto de 2014 del Rector de la Universidad se adjudica el contrato a la empresa G.E. Escuela de Ocio, S.L., lo que se notifica a la recurrente el día 5 de septiembre.

Tercero.- El 23 de septiembre de 2014, previa la presentación del anuncio a que se refiere 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) Sima Deporte y Ocio, S.L., interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, en el que solicita que se anule la adjudicación efectuada y se reconozca su derecho a obtener la adjudicación así como a ser indemnizada por los daños y perjuicios en concepto de lucro cesante, retrotrayendo las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas.

Aduce una serie de motivos por los que considera que las ofertas no han sido correctamente valoradas en aplicación de los criterios que dependen de un juicio de valor.

En concreto alegan, respecto del criterio Seguimiento, Evaluación y Control:

A.- Incumplimiento del Pliego, al haberse valorado improcedentemente en este apartado, la estructura de personal.

B.- Errónea valoración de la adaptación de los procesos de seguimiento a las necesidades de la Universidad.

C.- Arbitraria o errónea valoración de la periodificación del seguimiento.

D.- Respecto del criterio Procedimiento de sustitución de técnicos: Se alega que la adjudicataria ha recibido una mayor puntuación sin que exista una justificación para ello.

La interposición del recurso se comunicó al órgano de contratación, requiriéndole para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, remitiera el expediente administrativo e informe preceptivo, lo que verificó el 25 de septiembre.

El órgano de contratación defiende en su informe la corrección de la Resolución de adjudicación, en los términos que se expondrán con el análisis de la cuestión de fondo.

Cuarto.- Con fecha 25 de septiembre el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- Con fecha 29 de septiembre de 2014, se dio trámite de audiencia a los interesados. Finalizado el plazo no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Sima Deporte y Ocio, S.L., para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, habiendo quedado clasificada en segundo lugar su oferta.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado superior a 207.000 euros por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1 b) y 40.2 c) del TRLCSP.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que “El *procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)*”.

Habiéndose producido la notificación de la Resolución de adjudicación, el día 5 de septiembre de 2014, el recurso interpuesto el día 23 del mismo mes, se presentó en plazo.

Dado que el órgano de contratación alega en su informe la extemporaneidad del recurso conviene manifestar lo siguiente:

El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del contrato, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el art. 40.2 c) del TRLCSP.

El hecho de no haber recurrido el acto de clasificación de las empresas, que no fue debidamente notificado sino puesto de manifiesto en acto público, aunque pudiera haber tenido la consideración de acto de trámite cualificado y por tanto recurrible, no significa que el licitador carezca del derecho a interponer recurso contra el acto de adjudicación y en él alegar todos aquellos defectos que considere se hayan producido a lo largo del procedimiento, incluido vicios o defectos en la valoración y clasificación de los licitadores.

En este sentido se manifestó este Tribunal en su Resolución 152/2013, de 2

de octubre, en la que se argumentaba lo siguiente:

“Considera el Tribunal que tal como afirma el órgano de contratación, el acto por el que se comunica la clasificación de las ofertas y se solicita documentación a la mejor clasificada decide directa o indirectamente sobre la adjudicación. La posibilidad de impugnar el acto de trámite o hacerlo en el momento de la notificación de la adjudicación son posibilidades que tienen carácter subsidiario y no acumulativo, de manera que si consta notificación formal del acuerdo, no se podrá interponer recurso respecto del acto de adjudicación una vez transcurrido el plazo establecido para ello. Así, si se ha notificado el acto de trámite cualificado de forma debida, el plazo para el recurso contra dicho acto de trámite contará desde el conocimiento del mismo por parte del licitador, en cambio si no se notifica formalmente el acto de trámite cualificado, el licitador podrá hacerlo valer en su recurso contra el acto de adjudicación, después que le sea notificado con el contenido del artículo 151.4 del TRLCSP (...).

En consecuencia, no cabe apreciar aquietamiento del recurrente ni utilización acumulativa de la posibilidad de recurso, considerando objeto del mismo el acto de adjudicación que se cita en el texto del escrito de interposición, acto susceptible de recurso según lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP”.

En el presente caso, tratándose de un recurso contra el acto de adjudicación, el plazo es el del art.44.2 del TRLCSP, quince días desde la notificación de dicho acto.

Habiéndose producido la notificación el 5 de septiembre, ese es el momento inicial del cómputo del plazo. Por lo tanto, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Son varios los defectos que la recurrente imputa a la Resolución recurrida, referidos todos a la valoración efectuada mediante aplicación de los criterios sometidos a juicio de valor.

Debemos partir de la consideración de que la valoración de los criterios subjetivos corresponde al órgano de contratación, en el ejercicio de las facultades de discrecionalidad técnica sobre las que la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, en su fundamento de derecho cuarto, reconoce *“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 administrativos”* 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”*.

Como es doctrina de este Tribunal, y en el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, ciertamente no se pueden corregir cuestiones cuya apreciación corresponde a la discrecionalidad técnica de los órganos encargados de la valoración. Ello no es obstáculo para que como elementos de control el Tribunal, en fase de recurso, pueda examinar los elementos reglados del procedimiento, la existencia de errores materiales y la desviación de poder. Procede, por tanto, analizar aquellos aspectos a los que la reclamación achaca defectos o arbitrariedad al informe de valoración a fin de determinar si realmente se trata de cuestiones cuya apreciación corresponde a la discrecionalidad técnica o si por el contrario se pueden objetivar errores en la valoración que serán determinantes de su corrección.

Sentado lo anterior procede analizar las alegaciones de la recurrente:

A.- Incumplimiento del Pliego, al haberse valorado improcedentemente en este apartado, la estructura de personal.

Sima Deporte y Ocio: 6 puntos.

G.E. Escuela de Ocio: 11 puntos.

La recurrente considera que *“se ha tenido en consideración una serie de elementos o características que en el ANEXO II del pliego de cláusulas administrativas particulares no se contemplan como mérito evaluable”*.

“No se prevé como mérito a evaluar la definición de la estructura del personal adscrito a las actividades deportivas, ni de las funciones del coordinador y coordinadores de campus, ni tampoco se contempla como elemento a puntuar la formación y experiencia de dicho personal a la hora de valorar el criterio denominado Procedimiento de seguimiento, evaluación y control”.

El órgano de contratación en su informe, mantiene la procedencia de esta valoración ya que considera que es un elemento importante que aunque no haya sido expresamente mencionado en el criterio, tiene gran influencia en los elementos que son valorables en el mismo. A mayor abundamiento, alega que todos los licitadores lo han incluido en su proyecto, siendo así que también han considerado adecuado incluirlo en su proposición.

Efectivamente, el que el Pliego no detalle el personal dentro de las especificaciones de este criterio, no puede llevarnos a excluir un elemento de tal importancia en la organización del mismo, como es la estructura de personal adscrito al seguimientos evaluación y control.

Parece razonable tal valoración que se ha realizado de igual manera a todos los licitadores por lo que no estimamos que se hay incurrido en un incumplimiento del Pliego.

Por lo que respecta al contenido de la valoración y la puntuación otorgada, el órgano de contratación alega una mayor especificación en la oferta de la adjudicataria al prever la figura del Coordinador Técnico para las labores de seguimiento y los Coordinadores de campus, diferenciando sus funciones y los perfiles correspondientes. Esto determina la mayor puntuación alcanzada ya que la

recurrente, Sima Deporte y Ocio no establece dichos perfiles ni las funciones diferenciadas.

Debemos considerar suficiente la motivación de la valoración realizada debido a la mejor estructuración del equipo humano propuesto por la adjudicataria para las funciones de dirección y control, y por consiguiente de la menor puntuación obtenida por la recurrente, por lo que el recurso por este motivo debe desestimarse.

B.- Errónea valoración de la adaptación de los procesos de seguimiento a las necesidades de la Universidad.

Alega la recurrente que “la Mesa de contratación también atenta contra la igualdad cuando en el tercer apartado de la evaluación del criterio sobre “Procedimiento de seguimiento, evaluación y control” indica que la empresa SIMA tiene algunos procedimientos que no están adaptados a las actividades de la universidad, mientras que para G.E. señala que los procedimientos están adaptados a las actividades de la Universidad.

El referido informe en primer lugar cuando se refiere a algunos procedimientos de SIMA DEPORTE Y OCIO, S.L., no identifica qué procedimientos de seguimiento y evaluación, de los previstos en la oferta de SIMA, no están adaptados a las actividades de la Universidad.

Además tampoco justifica porqué los procedimientos de E.G. ESCUELA DE OCIO están más adaptados a la Universidad mientras los de SIMA no lo están en algunos casos”.

El órgano de contratación en su informe especifica que ambas empresas, recurrente y adjudicataria, cuentan con un sistema de gestión reconocido. Sin embargo la adaptación a la Universidad de dichos procedimientos aparece mejor referidos a la gestión propia de este contrato en el caso de E.G. Escuela de Ocio y cita como ejemplo de ello el que aparezca reflejado el control específico a realizar para las actividades que tiene reconocimiento académico de créditos a los alumnos.

Por otro lado, se afirma que la propuesta de Sima Deporte y Ocio presenta algunos contenidos que no se adecuan a las características del Pliego.

La recurrente en su escrito de recurso reconoce que *“algunos programas de los relacionados en la lista no son adecuados al tipo de servicio de asistencia técnica deportiva que se iba a prestar a la Universidad Carlos III.*

En efecto, considerando la actividad a prestar objeto del contrato devienen inútiles o inadecuados los procedimientos PGI Control de documentación y los registros, PG03 Compras y evaluación de proveedores, PG4 Infraestructura y el PG06 Auditorías”.

Sin embargo, esta circunstancia no se expresa en el Proyecto Técnico presentado, en el que se incluyen todas las propuestas, lo que evidentemente produce cierta confusión en la propuesta sin que el hecho de que dicha relación (de programas) obedezca a un *“formulario general de oferta no adecuado al servicio que se iba a prestar”*, desvirtúe el criterio aplicado por el órgano de valoración que precisamente estaba valorando, no ofertas generales, sino la adaptación a las necesidades de la Universidad.

Por todo ello, debemos considerar correcta la valoración efectuada.

C.- Arbitraria o errónea valoración de la periodificación del seguimiento.

En este caso considera la recurrente que *“en la oferta de SIMA se desarrollan los programas de seguimiento evaluación y control PG02, PG05, PG07, PC02, PC03 y PC04 que se van a aplicar y además se establece el periodo en el que se va a desarrollar cada uno de dichos programas con el cuadro de la pag 80, mientras en la oferta de G.E. ESCUELA DE OCIO S.L., en contra de lo que se expone en el informe de 30 de junio de 2014, no están claramente expuestos todos los procesos y mucho menos su periodificación por la mera referencia a dos informes que no se relacionan con alguno de los procedimientos entre otros motivos porque no se describe ninguno en particular”.*

El órgano de contratación expone respecto de este argumento que la periodificación que presenta la recurrente al no estar adaptada a la Universidad y contener elementos ajenos, requiere una interpretación que extraiga la información contenida en la oferta cuál es la periodificación, creando ambigüedad u oscuridad.

La periodificación ofertada, considera el órgano de contratación, no corresponde a las exigencias del contrato sino a un modelo de oferta general no adaptado a la presente licitación.

De la lectura del Proyecto Técnico podemos concluir que existe cierta confusión pues si bien en la página 17 se contemplan los procedimientos generales y especiales, en la página 80, relativa a la periodización solo aparecen reflejados cinco de los procedimientos sin explicar por qué han desaparecidos los restantes.

Esta circunstancia, a juicio del Tribunal, motiva suficientemente que la oferta haya sido en cierto modo penalizada en su puntuación y que no podamos considerar que haya existido arbitrariedad en la valoración realizada.

D.- Respecto del criterio “Procedimiento de sustitución de técnicos”.

Sima Deporte y Ocio: 6 puntos.

G.E. Escuela de Ocio: 10 puntos.

Señala la recurrente que *“resulta totalmente ilógico que la Mesa de contratación otorgue mayor puntuación en el procedimiento de sustitución de técnicos a G.E. ESCUELA DE OCIO, cuando dicha empresa en su oferta no garantiza la cobertura de ausencias comunicadas con menos de 2 horas de la clase respectivamente (folio 73), mientras que SIMA en su oferta garantiza la cobertura de la ausencia con un margen de respuesta todavía más rápido al garantizar la cobertura de las ausencias comunicadas con 60 minutos de antelación al inicio de la clase (pag 89).*

Debe apreciarse la menor eficiencia del sistema de G.E. cuando en el sistema que expone en su oferta folio 73 si la ausencia se comunica con menos de dos horas de antelación, esto es 120 minutos antes, no garantiza la cobertura de la clase al señalar si el personal de guardia o el equipo de la sede no puede asumir la realización de la sesión se comunicará a los alumnos la suspensión de la sesión”.

Respecto de estas alegaciones el informe de la Universidad señala que la oferta de la recurrente no indica cómo realizar la sustitución en incidencias menores a 60 minutos. La aplicación informática de sustitución de técnicos no asegura la sustitución de los mismos si la incidencia se produce con menos de 60 minutos, tampoco establece un protocolo alternativo si el sistema automático de alertas/confirmaciones falla.

Por otro lado, se detalla que el sistema propuesto por G.E. Escuela de Ocio, la sustitución a partir de 2 horas antes de la actividad se cubre con los profesores de guardia y los profesores se encuentran físicamente en las instalaciones ese día. A pesar de que en la propuesta se reconoce la posibilidad de que alguna actividad deba ser suspendida, se incluye el compromiso expreso de ser recuperada. Sima Deporte y Ocio no incluye ninguna posibilidad de recuperación.

También se hace referencia dentro del protocolo de bajas y cambios de profesores a la ausencia de comunicación a la Universidad de estos cambios, sin embargo la propuesta de G.E. Escuela de Ocio sí contempla para ambos supuestos, bajas y cambios, la comunicación y participación de la Universidad.

A la vista de lo expuesto, considera el Tribunal, que hay una adecuada motivación del órgano de contratación para otorgar mayor puntuación a la empresa G.E. Escuela de Ocio, sin que se aprecie arbitrariedad ni se aprecie error evidente en la valoración, por lo que procede desestimar la pretensión.

Sexto.- Solicita el recurrente una indemnización en concepto de lucro cesante por los días que han transcurrido desde la adjudicación impugnada hasta que se produzca la nueva a adjudicación que consideran debería ser a su favor.

No procede tal indemnización en primer lugar porque el recurso ha sido desestimado y en segundo porque tampoco se ha acreditado el daño que se hubiera producido en caso de retraso de la adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 de la TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, en la fecha del encabezado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Sima Deporte y Ocio, S.L., contra la Resolución de 5 de agosto de 2014 del Rector de la Universidad Carlos III, por la que se adjudica el “Acuerdo Marco para el servicio de asistencia técnica para las escuelas, cursos, selecciones deportivas y actividades deportivas y culturales universitarias en la Universidad Carlos III de Madrid”. Expediente nº: 2014/0002303-14AM14PA-CE.

Segundo.- Desestimar la pretensión de indemnización de daños y perjuicios de la recurrente.

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.- Levantar la suspensión cuyo mantenimiento se acordó por Acuerdo de este

Tribunal de fecha 25 de septiembre de 2014.

Quinto.- 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.