

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

En Madrid, a 27 de noviembre de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don J.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Anexo I, disposición 20 apartado 2.2 del punto 2 “medidas de eficiencia energética” respecto al expediente de contratación “Mantenimiento integral de determinados edificios e instalaciones adscritos al Área de Gobierno de las Artes, Deportes y Turismo”, expediente: 300/2013/00743 del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Decreto del Delegado del Área de Gobierno de las Artes, Deportes y Turismo, de 27 de septiembre de 2013, en uso de las atribuciones delegadas por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de delegación de competencias específicas en los órganos superiores y directivos de las Áreas de Gobierno y de los Distritos, de fecha 24 de enero de 2013 (BOAM de fecha 25 de enero de 2013), se aprobó el expediente de contratación y se acordó la

licitación para la adjudicación del contrato de servicios titulado “Contrato de servicios de mantenimiento integral de determinados edificios e instalaciones adscritos al Área de Gobierno de las Artes, Deportes y Turismo”, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 1.824.706,24 euros.

El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el 2 de octubre de 2013, en el Perfil de contratante de la misma fecha y en el BOE del día 8 de octubre.

Segundo.- El expediente de contratación se encuentra sometido a lo dispuesto en el 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 Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero.- El PCAP del contrato, en su Anexo I, sobre características del contrato define en su apartado 1 el objeto del contrato consistente en: *“Regular las condiciones técnicas que han de regir la contratación del mantenimiento técnico integral para la conservación y reparación de los edificios e instalaciones adscritos al Área de Gobierno de Las Artes, Deportes y Turismo que se relacionan en los anexos A y B del Pliego de Prescripciones Técnicas, con objeto de garantizar su mantenimiento y óptimo rendimiento”.*

Lo califica como contrato de servicios de la categoría 01, del Anexo II del TRLCSP, Servicios de mantenimiento y reparación y dispone sobre las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato lo siguiente: *“La Dirección General de Patrimonio Cultural y Calidad del Paisaje Urbano tiene entre sus funciones atender la conservación de determinados edificios e instalaciones adscritos al Área de Gobierno de las Artes, Deportes y Turismo. Esta tarea supone acometer las operaciones necesarias para asegurar el funcionamiento de las instalaciones de*

manera constante, con el mejor rendimiento energético posible, conservando permanentemente la seguridad de los edificios, de las personas y la defensa del medio ambiente. Este conjunto de operaciones constituye el objeto de los servicios de mantenimiento integral, preventivo y correctivo de la presente contratación”.

En el apartado 20 establece los criterios de adjudicación siguientes:

“Criterios valorables en cifras o porcentajes:

NÚMERO DESCRIPCIÓN PONDERACIÓN

1 Oferta Económica 70 puntos

2 Medidas de eficiencia energética 15 puntos

3 Número de elementos lumínicos convencionales 15 puntos” Total 100 puntos.

(...)

2.- MEDIDAS DE EFICIENCIA ENERGÉTICA: Hasta un máximo de 15 puntos.

Este criterio se basará en la presentación por parte del licitador de un programa de ahorro energético en la prestación del servicio que deberá contener como mínimo:

- Una cuantificación de los ahorros de energía*
- Vías, medios e instrumentos dispuestos para conseguir el ahorro.*
- Herramientas informáticas utilizadas de monitorización, control y seguimiento.*

Para la valoración de este criterio se asignará la siguiente puntuación:

2.1.- Inclusión en el programa de auditorías energéticas sobre los equipamientos incluidos en el contrato..... Hasta un máximo de 7,50 puntos.

Se valorará proporcionalmente en función de los metros cuadrados de superficie auditada ofertada, otorgando la máxima puntuación (7,50 puntos) al licitador que oferte mayor número de metros cuadrados a auditar.

2.2.- Inclusión en el programa, de sistemas de telegestión y/o equipos generadores de energía eficiente Hasta un máximo de 7,50 puntos. Se valorará proporcionalmente en función del número de sistemas ofertados, atribuyendo la máxima puntuación (7,50 puntos) al licitador que oferte un mayor número de sistemas y/o equipos”.

Cuarto.- A la licitación se presentaron 19 empresas, la Mesa de contratación procedió a calificar la documentación administrativa en la reunión del día 15 de octubre y la apertura de ofertas tuvo lugar el día 18 de noviembre.

Quinto.- Con fecha 5 de noviembre de 2013, se presentó ante el órgano de contratación escrito interponiendo recurso especial por la representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI); contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Anexo I, disposición 20 apartado 2.2 del punto 2 “medidas de eficiencia energética”.

En el recurso se alega en síntesis que el criterio de adjudicación puntuable con hasta un máximo de 7,50 puntos, “Inclusión en el programa de sistemas de tele gestión y/o equipos generadores de energía eficiente”, es ajeno al objeto del contrato. Añade que de la documentación propia del contrato, y del propio anuncio de licitación, se desprende que el objeto del contrato de mantenimiento integral, nada tiene que ver con los servicios energéticos, ni con los programas de sistemas de telegestión y/o equipos generadores de energía eficiente. Considera que se está solicitando por el Órgano de Contratación a los licitadores, la presentación de un programa que queda al margen de lo que es el objeto propio del contrato, sin que ello encuentre justificación y que el citado criterio de adjudicación de las ofertas, entraría en conflicto con el Artículo 150.1 del TRLCSP, cuyo contenido reproduce.

Que por ello, solicita se dicte resolución por la que se anule el apartado 2.2 del Anexo I del PCAP como criterio de adjudicación por su falta de vinculación con el objeto del contrato y su falta de precisión, claridad y objetividad y se adecue el PCAP y el anuncio de licitación.

El licitador recurrente cumplió lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente al órgano de contratación la interposición de dicho recurso.

Sexto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el escrito del recurso, el expediente y el informe preceptivo sobre el recurso, el día 13 de noviembre. En el informe señala que los criterios de adjudicación tienen que reunir, los requisitos que establece el artículo 150 del TRLCSP, que permitan determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente, y no hacer referencia a las características de las empresas.

En relación con la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato se remite al Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 9/2009, de 31 de marzo, sobre que la exigencia de esta vinculación directa es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas y que dicha vinculación exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de ésta y que no puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración no afecte ni a la forma de ejecutar la prestación ni a sus resultados.

Sobre la instalación de sistemas de control energético, se refiere a la introducción de criterios medioambientales en la contratación pública, entre otras, en la Directiva 2010/31/EU del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios, que obliga a los Estados miembros a fomentar la introducción de sistemas de medición inteligentes cuando se construya un edificio o se efectúen en él reformas de importancia, asegurándose al mismo tiempo que lo hacen con arreglo a lo dispuesto en el anexo 1, punto 2, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Además, podrán fomentar, cuando proceda, la instalación de sistemas de control activos, como sistemas de automatización, control y gestión orientados al ahorro de energía.

Alega que, en consonancia con dicha normativa, mediante Acuerdo de 2 de junio de 2010, de la Junta de Gobierno, se aprueban las medidas para la

optimización energética en el Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, que obliga en el artículo 3.3 a que *“en los contratos de servicios cuyo objeto sea el mantenimiento de edificios e instalaciones se incluirá, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el criterio de la eficiencia energética, de acuerdo con lo establecido por el órgano de contratación correspondiente. Dicho criterio se basará en la presentación por parte del licitador de un programa de ahorro energético en la prestación del servicio que deberá contener, como mínimo, una cuantificación de los ahorros, las vías, medios e instrumentos dispuestos para conseguirlos y las herramientas informáticas de motorización, control y seguimiento.*

Asimismo, deberá incorporarse en los pliegos de prescripciones técnicas una cláusula en la que se garantice que el Ayuntamiento tenga conocimiento periódico de los consumos energéticos generados en la prestación del servicio por parte del adjudicatario”.

Añade que bajo este marco normativo, que afecta exclusivamente al ámbito del Ayuntamiento de Madrid, se previeron en el contrato los criterios de adjudicación relativos a las medidas de eficiencia energética, mediante la presentación de un programa de ahorro energético puntuado como criterios valorables en cifras o porcentajes hasta un máximo de 15 puntos.

En relación con el apartado 2.2, relativo a la inclusión en el Programa de ahorro energético, sistemas de telegestión y/o equipos generadores de energía eficiente, cita el informe del Jefe de Departamento de Mantenimiento y Sostenibilidad, de 8 de noviembre de 2013, en el que manifiesta que *“el criterio de adjudicación, guarda una relación directa con el objeto del contrato, ya que los sistemas de telegestión y tele medida son herramientas fundamentales para conseguir una mayor eficiencia energética en los edificios cuyo mantenimiento son objeto del contrato. Los sistemas de telegestión propuestos, contribuyen a optimizar el servicio de mantenimiento de las instalaciones, mediante el control y seguimiento del estado de las mismas, permitiendo dar respuesta de forma inmediata a posibles incidencias que pudieran producirse en máquinas y equipos, al no ser necesaria la*

presencia del técnico de mantenimiento en lugar de los hechos para dar respuesta a la circunstancia producida”.

Manifiesta que este criterio de adjudicación valorable en cifras o porcentajes, afectaría a aspectos de la propia prestación del servicio, con lo que quedaría acreditada su vinculación al objeto del contrato, constituyendo mejoras en la calidad de la prestación contractual sobre los mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

En cuanto a que lo alegado en el recurso sobre ausencia de objetividad, indefinición y falta de claridad del criterio que puede llevar a la arbitrariedad, el informe invoca la jurisprudencia sobre el concepto de objetividad de los criterios de baremación, que viene señalando que la mención de los criterios de adjudicación habrá de ser tal, que proporcione efectivamente reglas de medir “objetivas”, citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de septiembre de 1988 que estableció como “objetivo” aquello que es “apto para que pueda ser medido con iguales resultados por cualquiera”.

Que este criterio se valora mediante la aplicación de una fórmula matemática, proporcional en función del número de sistemas de telegestión y/o equipos generadores de energía eficiente hasta un máximo de 7.5 puntos, por lo que debe considerarse que el criterio cumple con la debida condición de objetividad.

Sobre la “imprecisión” alegada por el recurrente parece motivada por una errónea interpretación de los términos literales del punto nº 2. En el apartado 2.2, el término “programa”, se refiere al *“programa de ahorro energético”* objeto del criterio a valorar. Por tanto, lo que se valora en el punto 2.2, no es la oferta de *“programas de sistemas de telegestión y/o equipos generadores de energía eficiente”*, sino la inclusión en el programa de ahorro energético de *“sistemas de telegestión y/o equipos generadores de energía eficiente”*. Sistemas que, como anteriormente se ha

argumentado, son herramientas para el control de la eficiencia energética y se encuentran vinculados al objeto del contrato.

Por ello considera que se debería declarar la desestimación del recurso por resultar conforme a Derecho la inclusión del criterio de valoración previsto en el punto 2.2 del apartado 20 del Anexo I del presente PCAP impugnado.

Séptimo.- Con fecha 19 de noviembre de 2013 el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Octavo.- El Tribunal Administrativo de Contratación Pública dio 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.

Finalizado el plazo se han recibido alegaciones de la representación de Electrotecnia Monrabal, donde manifiesta que el recurso presentado por AMI, plantea la petición de que se anule y se deje sin efecto el criterio de puntuación 2.2 objeto del recurso. Dicho criterio se recoge en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares de la licitación. *“2.- MEDIDAS DE EFICIENCIA ENERGÉTICA”*.

Expone que Monrabal realizó la oferta, teniendo en cuenta, que se valora el número de sistemas de telegestión, y el coste correspondiente a dichos sistemas es un coste significativo, tanto más cuantos más sistemas se propongan. Al confeccionar la oferta tuvo en cuenta el coste de este criterio (2.2), añadiendo más coste a la oferta económica, perdiendo competitividad respecto del criterio económico, que vale 70 puntos y ganándola respecto del criterio 2.2.

En consecuencia, eliminar este criterio, supone para Monrabal que su oferta económica quede desvirtuada y sobredimensionada, ya que si esta fuera la decisión del Tribunal, a la oferta económica presentada por Monrabal, y a todas las demás,

se les debería deducir el importe asignado a la ejecución de estas partidas de telegestión, que como es obvio, ya no se ejecutarían.

Dado que estos costes de telegestión no se han indicado expresamente en la oferta, que son desconocidos y variables entre los licitantes y, además, cada empresa ha establecido una estrategia distinta sobre el número de sistemas ofrecidos y la baja ofertada, tiene como consecuencia que si se anula ahora el criterio 2.2, las ofertas resultantes no se pueden homologar y homogeneizar resultando así una apertura en la que no todos los licitantes ofertan lo mismo y en las mismas condiciones, con lo que se contraviene el artículo 1 del TRLCSP ya que no se podría garantizar que las ofertas se ajusten a los principios de transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Continúa argumentando que existe una relación entre los criterios de oferta económica, valorado hasta 70 puntos, y sistemas de telegestión, valorado hasta 7,5 puntos, de forma que el licitador puede establecer estrategias distintas estimando más conveniente no ofrecer ningún sistema de telegestión y que se le puntúe cero puntos en el criterio a cambio de una mayor baja y que se le puntúe al máximo en el criterio de oferta económica. O bien estimar que es conveniente ofrecer un número muy alto de sistemas de telegestión, con lo que se garantizan los 7,5 puntos, y admitir perder unos cuantos puntos en la económica, al incurrir en mayor coste, pensando que serán menos de los 7,5 puntos ganados.

Concluye que por tanto cabe: Que se dicte resolución contraria a la indicada por la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Estratégicos (AMI) y se admita el criterio 2.2. Que en caso contrario, si se admite la nulidad de dicho criterio, que se anule completamente la licitación, se modifiquen los Pliegos y se vuelva a licitar de forma que todos los licitantes oferten lo mismo y en las mismas condiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En relación con la legitimación, como requisito previo para la admisión a trámite del recurso, se advierte que es presupuesto inexcusable del procedimiento para la tramitación de los recursos administrativos, como lo es el recurso especial en materia de contratación, y que supone la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su estimación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto. Ostentan legitimación para la interposición de un recurso administrativo los que tengan interés en la resolución que se recurre.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. Este precepto guarda relación con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin necesidad de invocar la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El citado artículo 31, en su apartado 2, dispone que *“las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca”*.

La legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. El concepto amplio de legitimación que utiliza, confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones

objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

La tendencia jurisprudencial es reiterada en el sentido de admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso.

La STC 67/2010 de 18 de octubre señala que *“este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético)”*.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, para considerar legitimada una asociación se requiere que ostente un interés legítimo, considerando éste como el interés de sus asociados o de algunos de ellos, o un interés que afecte directamente a la asociación como tal. Además la interpretación y valoración de la existencia de legitimación ha de realizarse, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de acuerdo con el principio *pro actione*, superando interpretaciones restrictivas que impidan el examen de las cuestiones de fondo por cuestiones meramente formales.

Por otra parte, es criterio constante de la jurisprudencia que para accionar en nombre de una entidad corporativa o asociativa, como requisito es necesario acreditar la existencia de un acuerdo del órgano facultado para adoptar la decisión de recurrir, como expresión de la voluntad colectiva cuyos intereses representa y

defiende. Debe acudir a la normativa especial de cada una de las clases de entidades, así como a sus normas estatutarias, a efectos de determinar qué órgano tiene atribuidas las competencias para acordar el ejercicio de acciones administrativas.

Afirma la Sentencia del Tribunal Supremo. de 9 de mayo de 2011 (RJ/2011/4089), citando otra de 5 de noviembre de 2008 (RJ/2009/451), que cabe discriminar entre el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado, y la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que ha de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien sus normas reguladoras atribuyan tal facultad. La jurisprudencia citada aunque referida a la admisibilidad de los recursos contencioso administrativos es aplicable para la interpretación de los requisitos de admisibilidad de un recurso administrativo como es el recurso especial en materia de contratación.

En los Estatutos de la Asociación AMI, depositados en el Registro Nacional de Asociaciones el 3 de diciembre de 2008, consta que es *“una asociación empresarial independiente de ámbito nacional”* que tiene entre sus fines *“la promoción y defensa de la libre empresa en los sectores de mantenimiento integral y servicios energéticos así como representar a sus miembros y a la asociación ante los organismos administrativos o judiciales”*.

Pueden ser socios de pleno derecho según el artículo 38 de los Estatutos *“las sociedades mercantiles con trabajadores en plantilla que ejerzan en diferentes puntos del territorio nacional como actividad económica o profesional las actividades de acondicionamiento, mejora, reparación y mantenimiento de edificios, infraestructuras e industrias”*.

El objeto del contrato incluye las actuaciones que se han citado en los antecedentes de hecho, siendo de acuerdo con las funciones de la Dirección

General de asegurar el funcionamiento de las instalaciones de manera constante, con el mejor rendimiento energético posible, conservando permanentemente la seguridad de los edificios, de las personas y la defensa del medio ambiente. Este conjunto de operaciones constituye el objeto de los servicios de mantenimiento integral, preventivo y correctivo de la presente contratación.

Del ámbito de actuación de AMI según sus Estatutos se aprecia que existe vinculación entre el objeto del contrato y los intereses de los representados por la asociación y por tanto legitimación activa para la interposición del recurso ya que la Asociación asume la defensa de intereses colectivos, como es la posibilidad de licitar sus asociados en mejores condiciones, en caso de que se estimase el recurso, por lo que cabe reconocer legitimación para su interposición.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso y el requisito previo de acreditación del acuerdo del órgano que tiene atribuidas las competencias para decidir el ejercicio de acciones administrativas, pues se adjunta un certificado del Secretario General en el que consta que la Junta Directiva acordó, el día 28 de octubre, proceder a la interposición del recurso especial frente a los pliegos del servicio objeto del mismo.

Segundo.- También queda acreditado que el recurso se interpuso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas de un contrato de servicios de categoría 1, del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Tercero.- En cuanto al plazo para la interposición del recurso el artículo 44.2. a) del TRLCSP, dispone que:

“a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los

licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

El citado artículo 158 establece que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”.*

La aplicación de este precepto en relación con el artículo 44.2 del TRLCSP conduce a entender que el plazo para interponer el recurso, cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos, comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede ser anterior, puede coincidir, o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones.

En los supuestos en que, como el que se analiza, los pliegos se han puesto a disposición de los licitadores a través del perfil de contratante debe aplicarse el mismo criterio y cuando no sea posible acreditar el momento a partir del cual han obtenido los pliegos, razones de seguridad jurídica, aconsejan computar los quince días de plazo que establece la Ley, a partir del último día estipulado para la presentación de ofertas, para garantizar que los candidatos o licitadores han tenido acceso a los mismos. Este criterio ha sido adoptado por este Tribunal, en resoluciones anteriores, estableciendo una presunción *favor acti* para el cómputo del plazo. En el caso de los no licitadores, por aplicación del principio de igualdad, de no constar la fecha en que los pliegos fueron puestos a su disposición, ha de aplicarse el mismo criterio.

En este caso el anuncio de licitación fue publicado el 2 de octubre de 2013, en el Perfil de contratante y el día 8 de dicho mes en el BOE, finalizando el plazo de

presentación de ofertas el día 8 de noviembre.

La Junta Directiva acordó, el día 28 de octubre, interponer el recurso especial contra los pliegos del servicio objeto del contrato y por ello cabe deducir que, en dicha fecha, la recurrente ya disponía de los Pliegos y de la información suficiente para interponer, en su caso, recurso fundado contra ellos, rompiendo así la presunción *favor acti* antes mencionada que queda sustituida por la declaración expresa del conocimiento previo del contenido de los pliegos. Este ha sido el criterio seguido por este Tribunal en las Resoluciones 83/2012, 50/2013 y 182/2013.

Por tanto el recurso especial se considera planteado en tiempo y forma pues el recurso, fue presentado ante el órgano de contratación el día 5 de noviembre dentro de plazo de 15 días hábiles desde que tuvo conocimiento del Pliego y dentro del plazo de presentación de ofertas.

Cuarto.- El Tribunal es competente para resolver el presente recurso, 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurso se concreta en considerar que el Pliego en su Anexo I, disposición 20 apartado 2.2 del punto 2 “medidas de eficiencia energética” establece un criterio de adjudicación puntuable con hasta un máximo de 7,50 puntos, *“Inclusión en el programa de sistemas de tele gestión y/o equipos generadores de energía eficiente”*, que es ajeno al objeto del contrato.

El órgano de contratación alega sobre la instalación de sistemas de control energético que se refiere a la introducción de criterios medioambientales en la contratación pública, establecido, entre otras, en la Directiva 2010/31/EU del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, relativa la eficiencia energética de los edificios, que obliga a los Estados miembros a fomentar la introducción de sistemas

de medición inteligentes cuando se construya un edificio o se efectúen en él reformas de importancia, y que además, podrán fomentar, cuando proceda, la instalación de sistemas de control activos, como sistemas de automatización, control y gestión orientados al ahorro de energía.

Alega que en consonancia con dicha normativa, se adoptó Acuerdo de 2 de junio de 2010, de la Junta de Gobierno, aprobando medidas para la optimización energética en el Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, que obliga en el artículo 3.3 que *“en los contratos de servicios cuyo objeto sea el mantenimiento de edificios e instalaciones se incluirá, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el criterio de la eficiencia energética, de acuerdo con lo establecido por el órgano de contratación correspondiente. Dicho criterio se basará en la presentación por parte del licitador de un programa de ahorro energético”*.

1.- Sobre la vinculación con el objeto del contrato, la Directiva 2004/18 CE, en su artículo 53.1.a) incluye entre los criterios de adjudicación las características medioambientales. En su transposición al derecho interno, el artículo 150 del TRLCSP establece que para valoración de las proposiciones y determinar la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, serán determinados por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento descriptivo. La Ley cita entre otros criterios de adjudicación, la calidad, el precio, el coste de utilización, el plazo de ejecución o entrega, el valor técnico, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el coste de utilización, las características medioambientales, las características estéticas o funcionales (...).

El citado artículo dispone que se dará preponderancia a aquellos criterios que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de fórmulas establecidas en los pliegos.

En su apartado 3.h) determina que procederá la valoración de más de un criterio, en particular, en la adjudicación de: *“h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos”*.

El artículo 78.f) del TRLCSP también prevé la inclusión como criterio de solvencia técnica, en los contratos de servicios, de la indicación, en los casos adecuados, de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato. El artículo 81, sobre acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, en los contratos sujetos a una regulación armonizada, establece la posibilidad de que el órgano de contratación pueda exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental.

Se encuentra por tanto regulado en la normativa de contratación pública la posibilidad de incluir como criterio de adjudicación el uso eficiente de la energía y de los materiales, así como los procedimientos y métodos de producción ecológicos directamente vinculados al objeto del contrato, que deberán estar determinados por el órgano de contratación y detallados en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento descriptivo.

La Directiva 2010/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios, en su consideración 3 dice que: *“Es necesario instaurar acciones más concretas con el fin de aprovechar el gran potencial de ahorro de energía aún sin realizar en los edificios y reducir las*

grandes diferencias que existen entre Estados miembros en este sector”. A su vez en la consideración 23 manifiesta que: “Las autoridades públicas deben dar ejemplo y procurar aplicar las recomendaciones contenidas en los certificados de eficiencia energética. Los Estados miembros deben incluir en sus planes nacionales medidas de apoyo para que las autoridades públicas sean las que primero adopten mejoras en el ámbito de la eficiencia energética y apliquen en cuanto sea posible las recomendaciones incluidas en los certificados de eficiencia energética”.

La Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética, modifica las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, establece un marco común de medidas para el fomento de la eficiencia energética dentro de la Unión, a fin de asegurar la consecución del objetivo principal de eficiencia energética de un 20% de ahorro para 2020, y a fin de preparar el camino para mejoras ulteriores de eficiencia energética más allá de ese año.

La eficiencia energética, según el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), es el conjunto de programas y estrategias para reducir la energía que emplean determinados dispositivos y sistemas, sin que se vea afectada la calidad de los servicios suministrados. Es una herramienta para reducir los costes de empresas y consumidores particulares y que las instituciones públicas deben tener en cuenta en sus actuaciones para reducir costes y para protección del medio ambiente.

Dirigido al objetivo de ahorro energético la Junta de Gobierno, adoptó el Acuerdo, de 2 de junio de 2010, aprobando medidas para la optimización energética en el Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, en cuyo cumplimiento ha introducido el criterio de adjudicación que se impugna.

En este caso se advierte que en el PCAP se ha incluido concretamente, como criterio de adjudicación, la presentación de Medidas de Eficiencia Energética al que

atribuye una valoración máxima de 15 puntos. Este criterio requiere la presentación por parte de los licitadores de un programa de ahorro energético en la prestación del servicio con contenido mínimo de cuantificación de los ahorros de energía, vías, medios e instrumentos para conseguir el ahorro y herramientas informáticas utilizadas de monitorización, control y seguimiento.

Este criterio, se divide en dos subcriterios: inclusión de auditorías energéticas en el programa de ahorro energético, atribuyéndole un máximo de 7,50 puntos y la inclusión de sistemas de telegestión y/o equipos generadores de energía eficiente valorándose igualmente con 7,50 puntos disponiendo que *“se valorará proporcionalmente en función del número de sistemas ofertados, atribuyendo la máxima puntuación (7,50 puntos) al licitador que oferte un mayor número de sistemas y/o equipos”*.

De conformidad con lo anterior se aprecia que el criterio se encuentra vinculado directamente con el objeto del contrato ya que según consta en el Anexo I del PCAP, sobre las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato, se concreta que ello supone acometer las operaciones necesarias para asegurar el funcionamiento de las instalaciones de manera constante, con el mejor rendimiento energético posible, conservando permanentemente la seguridad de los edificios (...).

La Sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99), declaró, refiriéndose entonces, al artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 (actualmente artículo 53.1.a) de la Directiva 2004/18 CE), que no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. Por consiguiente, admitió que cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, o medioambientales, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del

contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación. En este sentido se pronuncia la Sentencia, de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, apartados 19 y 26; la Sentencia, de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, apartados 36 y 37, y Sentencia Concordia Bus, Finland, antes citada, (apartados 59, 61 y 69).

Por consiguiente el criterio cumple lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP en cuanto a que se encuentra incluido en el PCAP y en el anuncio de licitación y está vinculado con el objeto del contrato. En cuanto a su valoración el PCAP, prevé que se realizara en proporción al número de los sistemas o equipos ofertados.

En cuanto al margen de apreciación de que dispone la entidad adjudicadora para identificar la oferta económicamente más ventajosa, sólo sería ilegal una ponderación que ocasionara una distorsión injustificada. Ahora bien, en este procedimiento, no se da prioridad al subcriterio que se impugna, puesto que se le atribuye un máximo de 7,50 puntos sobre un total de 100.

En el recurso se alega igualmente la falta de precisión, claridad y objetividad sobre estas consideraciones. No se advierte por parte del Tribunal que el criterio carezca de precisión ya que el Pliego concreta que en el programa de ahorro energético que se presente por los licitadores, debe incluirse medios e instrumentos de cuantificación de los ahorros de energía, para conseguir el ahorro y herramientas informáticas utilizadas de monitorización, control y seguimiento. Resulta por ello precisado el subcriterio y para su valoración el Pliego cita expresamente la inclusión de sistemas de telegestión y/o equipos generadores de energía eficiente y establece una forma proporcional para su valoración por lo que no incurre en falta de objetividad.

Sobre lo alegado considerando ausencia de claridad del subcriterio, el Pliego, para su valoración, considera, en concreto, la inclusión de sistemas de tele gestión o equipos generadores de energía y se refiere a ambos indistintamente, no limitando la valoración a uno u otro medio, siendo su finalidad reducir el consumo energético de las instalaciones objeto del mantenimiento. El sistema de tele gestión es un sistema de seguimiento y control de las instalaciones a distancia, mediante la utilización de equipos informáticos que permiten, entre otros, regular la instalación, su vigilancia permanente, la temperaturas de calefacción o de agua etc. y existen diversas empresas de servicios energéticos que los ofrecen (Kelsa, Terbel, Mantyser Acuaahorro, Wintel, Oteclima) y su finalidad es la energía eficiente.

En cuanto a otros medios o equipos de eficiencia energética pueden citarse, contadores electrónicos, analizadores de calidad, dispositivos de protección o control, monitorización de consumos, variadores de velocidad, motores de alta eficiencia, interruptores, selectores de consumo, gestores de consumo, recuperadores de calor, válvula termostática para calefacción.

En relación con lo alegado por la empresa licitadora Monrabal sobre los efectos de la Resolución que adoptase el Tribunal, si fuese estimado el recurso y anulado el criterio impugnado, evidentemente en ese caso resultaría procedente la anulación del Pliego convocando nueva licitación elaborándose un nuevo Pliego adaptado a los pronunciamientos de la resolución.

Los citados equipos y sistemas pueden ser ofertados por diversas empresas no resultando el criterio restrictivo de la libre competencia.

Por lo tanto, considerando todo lo expuesto y el objetivo que persigue el subcriterio para identificar la oferta económicamente más ventajosa, no puede prosperar la impugnación del mismo por los motivos alegados en el recurso.

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 especial, interpuesto por Don J.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Anexo I, disposición 20 apartado 2.2 del punto 2 “medidas de eficiencia energética” del expediente de contratación “Mantenimiento integral de determinados edificios e instalaciones adscritos al Área de Gobierno de las Artes, Deportes y Turismo”, expediente: 300/2013/00743, del Ayuntamiento de Madrid.

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.- Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación acordada por el Tribunal el día 20 de noviembre de 2013.

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.