

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

En Madrid, 14 de junio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.V.B., en nombre y representación de la UTE 3E/TELNOR, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 21 de abril de 2017, por el que se excluye a estas empresas que concurren bajo el compromiso de constituir la UTE 3E, S.L./UTE 3E/TELNOR, S.L. de la licitación del contrato “Suministro e instalación de material eléctrico de iluminación con tecnología LED para la renovación y mejora del alumbrado público exterior en el municipio de Arroyomolinos”, número de expediente: 107/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 3 de agosto de 2016 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento Arroyomolinos adjudicó el contrato de servicios de asesoramiento técnico y consultoría de apoyo al desarrollo del concurso y las obras de renovación de las instalaciones de alumbrado exterior municipal (Exp. 87/16), a Energium Soluciones y Servicios S.L., (Energium).

Con fechas 14 y 29 de octubre de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE el anuncio de licitación, correspondiente al contrato de

Suministro e instalación de material eléctrico de iluminación con tecnología LED para la renovación y mejora del alumbrado público exterior en el municipio de Arroyomolinos, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 3.223.159,43 euros, IVA excluido.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso respecto de los criterios ponderables en función de un juicio de valor, (Sobre B) a los que el pliego asigna de 0 a 45 puntos.

“A1. Valoración de la Memoria Técnica de Obras de Mejora y Renovación de las instalaciones de Alumbrado Público exterior. Incluir en Sobre B: (hasta 20 puntos).

Los licitadores incluirán en el sobre B La Memoria Técnica que describa las actuaciones a acometer, como se especifica en el punto 4.4 del Pliego Técnico. Las memorias técnicas, que no superen los 12 puntos en la valoración de la Memoria técnica, quedarán excluidas del procedimiento.

A2 Reducción de la potencia ofertada sobre la actual, mínimo 50%: (hasta 25 puntos).

En este apartado obtendrá la máxima puntuación (25 puntos) la Reducción de Potencia más ventajosa (más alta); para las demás propuestas la puntuación se ponderará según la fórmula descrita a continuación:

- Reducción de Potencia del 50%: 0 puntos.*
- Reducción de Potencia Max: 25 puntos.*

$$\text{Puntuación: } \frac{\text{Reducción Potencia obtenida (\%)} - 50\%}{\text{Reducción Potencia Max obtenida (\%)} - 50\%} *25''$$

Si bien debe señalarse que aunque el PCAP incluye este criterio entre los valorables mediante juicio de valor, lo es a los solos efectos de su inclusión en el sobre B para su comprobación con las memorias, pero tiene realmente el carácter de criterio objetivo o valorable mediante fórmula.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 10 ofertas entre ellas la de la recurrente.

Con fecha 19 de enero de 2017, la Mesa de contratación excluye varias de las ofertas entre ellas la de la ahora recurrente, que interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha decisión el 10 de marzo de 2017, que fue estimado mediante Resolución 110/2017, de 5 de abril, de este Tribunal, por lo que la Mesa de contratación procedió a la admisión de la oferta de la recurrente para su valoración.

El día 21 de abril de 2017 se reúne la Mesa de contratación para dar lectura al informe de valoración del Sobre B, constando en el acta correspondiente respecto de la valoración de la oferta de la recurrente que *“A la UTE 3E, S.L./TELNOR, S.L., se le ha excluido principalmente por varias razones, ha sido un poco un conglomerado de deficiencias que hemos ido viendo en la parte de obra, ha faltado detalle, información por aportar que no nos permitía concretar al igual que comentaba antes, si los tiempos que ofertaban se iban a poder realizar, qué el personal y materiales iban destinados a la obra, le faltaba también aportar garantías de materiales, los certificados que presentaban nos han parecido, en parte, dudosos; luego también en las simulaciones DIALUX, ha habido bastantes vías en las que no cumplían con los criterios que se solicitaban y también modificaban la clasificación de la vía, con todo ese compendio de factores hemos decidido excluirla”*. Consta asimismo en dicha acta que la puntuación obtenida por la UTE 3E/TELNOR en la primera fase del procedimiento de licitación fueron 8 puntos por lo que fue excluida al no haber superado el corte de 12 puntos.

Dicha exclusión fue notificada la recurrente con fecha de salida de 24 de abril de 2017.

Tercero.- Con fecha 15 de mayo de 2017 la UTE 3E/TELNOR presenta recurso especial en materia de contratación contra su exclusión, aduciendo en primer lugar que desde un punto de vista estrictamente formal, la valoración de las plicas ha sido realizada única y exclusivamente por la empresa ENERGIUM, lo que según afirma, contradice el mandato del pliego de cláusulas que establece que dicha valoración debía de hacerse por los servicios técnicos municipales encargados de la ejecución del contrato, asesorados por dicha empresa, lo que a su juicio determina la nulidad

de todo lo actuado. Asimismo y como cuestión de fondo indica que *“el Informe de la empresa evaluadora es, en nuestro caso, producto de incorrecciones, de meras conjeturas, incompetencia y hasta falsedades que pueden ser comprobadas fácilmente, y que jamás podrían dar lugar a una afirmación cierta de la bondad y fiabilidad de su evaluación. Con lo que entendemos que la exclusión de la UTE a la que represento es del todo incorrecta, por no ajustarse a derecho.”*

Ante las alegaciones efectuadas, de cuyo contenido concreto se dará cuenta al analizar el fondo del recurso, señala que *“a luz del presente recurso solo existen dos soluciones, o considerar nulo el informe de la empresa ENERGIUM por todas las irregularidades detectadas en relación con nuestra empresa y con las demás, con lo cual no podría volver a valorarse esta fase del proceso, por estar ya finalizado y suponer la misma una contaminación de cualquier otro informe o valoración de la misma, dejando en entredicho el principio de igualdad de las partes; o entender que la valoración es correcta y en consecuencia la empresa ELECNOR debería ser excluida por haber falseado sus datos técnicos de conformidad con el informe de valoración de los técnicos de ENERGIUM”*.

Debe destacarse que la recurrente solicita prueba para acreditar pretendidos incumplimientos en la oferta de ELECNOR, consistente en la solicitud de realización de una ECA a fin de evaluar realmente los valores de los elementos propuestos por la empresa ELECNOR en su memoria técnica, a fin de constatar su veracidad o falsedad.

Habiéndose requerido al órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), la indicada documentación se recibió el día 19 de mayo, acompañando al expediente dos informes, el del órgano de contratación y otro firmado por el Técnico municipal junto con el responsable de la empresa ENERGIUM. En las conclusiones del indicado informe se señala que *“admitimos las alegaciones presentados en los puntos d, e, f y n del apartado 3 del recurso, los cuales se refieren al ‘Capítulo 5 Memoria Técnica de Telegestión’ de la*

memoria de la recurrente, en todos ellos, el informe indicaba la ausencia de una documentación referida a un apartado concreto que, sí estaba presente, pero debido a un error no se tuvo como tal". Considera el informe que esta documentación omitida debe ser valorada con 1 punto.

El resto de alegaciones no se admite por las razones que se expondrán al analizar el fondo del asunto.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal 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.

Se ha recibido escrito de ELEC NOR, defendiendo que la memoria técnica de su oferta cumple lo dispuesto en el pliego en los términos que explica de los que se dará cuenta al examinar las distintas cuestiones de fondo de este recurso, pero de las que interesa anticipar que manifiesta su rechazo absoluto a la evaluación efectuada por ENERGIUM en su informe respecto de la memoria técnica de ELEC NOR, S.A., que ya anuncia será objeto de impugnación en el momento procedimental oportuno. Concluye solicitando la desestimación del recurso de la UTE 3E/TELNOR. Respecto de la práctica de la prueba manifiesta que *"en caso de su admisión por ese Ilmo. Tribunal se acuerde realizar dicha prueba sobre la memoria técnica de todos los licitadores (incluida la de la recurrente), de acuerdo con el principio de igualdad, pues el petitum del recurso es la anulación de la licitación ante la disconformidad con las valoraciones de las memorias técnicas de los licitadores realizada por ENERGIUM, entre otras, la de la propia recurrente"*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación de un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se planteó en tiempo y forma, pues el Acta impugnada en la que consta la exclusión de la recurrente, se notificó el 24 de abril de 2017 y el recurso se interpuso el 15 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone en nombre de la UTE 3E, S.L./TELNOR, S.L., si bien únicamente lo firma el representante de Energía Eléctrica Eficiente, S.L. Esto no obstante la recurrente fue requerida por la Secretaria del Tribunal, en sede del anterior recurso para que ratificase su aparente intención de interponer recurso en nombre de ambas, lo que se realizó el día 13 de marzo de 2017, mediante un escrito de ratificación del recurso firmado por el representante legal del TELNOR. De igual modo en el presente recurso el representante de TELNOR, S.L., se incluye tras la firma del representante de 3E, la ratificación del recurso por parte del representante de UTE 3E, S.L./TELNOR, S.L.

Por tanto el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de personas jurídicas licitadoras en compromiso de UTE, de *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al haber sido excluidas de la licitación. (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso se solicita que se anule el acto de exclusión por distintos motivos:

1. En primer lugar se aduce vulneración de lo dispuesto en la cláusula 8 del PCAP en cuanto establece que *“los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor serán evaluados por los Servicios Técnicos municipales responsables del contrato asesorados por la Consultoría en Eficiencia Energética experta en la materia y que a tales efectos ha sido previamente contratada como apoyo a este contrato”*, ya que el único que firma el informe de valoración lo hace a título personal y no como representante de Energium y que el único interviniente en el acto del día 21 en que se da cuenta del informe de valoración es el indicado señor.

Por su parte el órgano de contratación señala en su informe que la ausencia, tanto en la composición de la Mesa como en el plantel del personal del Ayuntamiento de expertos idóneos para informar un expediente de complejidad técnica como el que nos ocupa, se encuentra amparada por la posibilidad de que la Mesa solicite los informes que considere pertinentes en aras de acordar una voluntad suficientemente informada de la documentación presentada por los licitadores y que informes solicitados no han constituido en ningún momento por sí mismos las propuestas, ya que no es esa su función, sino fundamentar y dar soporte a la valoración que la Mesa en el acta del día 19 de enero de 2017, donde también se presenta un informe firmado por la Consultora, el cual se debate, concluyendo con una votación no unánime de los miembros de la Mesa.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 320 del TRLCSP la Mesa de contratación, será el órgano competente para la valoración de las ofertas, a lo que cabe añadir que de acuerdo con el apartado 8 del artículo 21 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público *“A las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, según la naturaleza de los asuntos a tratar, los cuales actuarán con voz pero sin voto”* y lo dispuesto en su artículo 22 relativo a las funciones de la mesa: *“e) Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de*

conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

De acuerdo con los preceptos anteriormente reseñados, cabe auxiliar técnicamente a la Mesa de contratación como órgano a su vez auxiliar del órgano de contratación, mediante la incorporación con voz pero sin voto de expertos a la misma o mediante la emisión de informes *ad hoc*, pero no es menos cierto que tal actividad de asistencia técnica no puede sustituir el papel legal de la Mesa de contratación como fundamento de la motivación de las ulteriores decisiones del órgano de contratación. Así cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 de febrero de 2009, dictada en el recurso 575/2006, en la que se pone de relieve dicho papel sin desconocer la posibilidad de solicitar los informes correspondientes.

Consta en el expediente de contratación el Acta de fecha 21 de abril de 2017, en la que se aparecen como asistentes técnicos con voz, pero sin voto: don C.G.E., Arquitecto municipal y don J.L.S., representante de Energium, que todos los miembros de la Mesa hacen suyos los dos informes del técnico perteneciente a la empresa externa, manteniendo sus puntuaciones y declarando excluidas a las mercantiles: UTE 3E, S.L./Telnor, S.L., Etralux, S.L., Ferrovial Servicios, S.A. y Pulsar Servicios Energéticos, S.L.U. Constan asimismo las declaraciones específicas de dos miembros de la mesa de los nueve que la componían (más los dos técnicos con voz pero sin voto) de su falta de conocimiento de las materias objeto de la valoración. Sin embargo no se indican en el acta los motivos por los que sí se acogen las conclusiones del informe de valoración de la Memoria técnica.

Por otro lado consta en el acta del día 19 de enero de 2017 en la que se propone la exclusión inicial de varias licitadoras a la vista del informe de Energium que *“A continuación, se entabla un cambio de impresiones entre los miembros de la Mesa poniéndose de manifiesto la opinión de algunos de ellos sobre la posible imprecisión en la determinación del contenido de los pliegos a lo que los redactores de los mismos y el técnico municipal, están en desacuerdo total, y explicando además que están además realizados tratando de cumplir con las normas y*

condiciones del IDEA”, resultando aprobada la propuesta de exclusión con tres votos a favor y dos en contra.

No encuentra este Tribunal ningún obstáculo a que por los miembros de la Mesa de contratación se asuma el contenido del informe de valoración que hacen suyo, y que trasladen al órgano de contratación como fundamento del acto de exclusión y de la ulterior adjudicación del contrato siempre que sea de manera motivada.

Cabe citar en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013, dictada en el recurso de casación 1649/2010, en un supuesto en que se enjuiciaba si la Mesa, para formular su propuesta de adjudicación, podría asumir, como hizo, el informe que fue elaborado por una empresa consultora, señalando con cita de la doctrina, reflejada en la Sentencia de 13 de marzo de 2013, *“que el recurso por la Mesa de Contratación a un asesoramiento externo es posible cuando la especificidad de la materia a valorar así lo requiera; pero subrayando, simultáneamente, que la valoración realizada directamente por una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, no tiene las notas de objetividad e imparcialidad que son propias de los órganos técnicos de la Administración y carece, por tal razón, de esos fundamentos sobre los que se asienta la presunción de acierto que se viene reconociendo a los órganos administrativos de calificación técnica. (...) como una obligada consecuencia de lo que acaba de afirmarse, y con especial énfasis, que cuando la Mesa se haya servido de ese asesoramiento externo no puede asumir sin más la valoración hecha por la consultoría externa, pues si así aconteciera sería de apreciar un incumplimiento, por la Mesa de contratación, de la función de valorar las ofertas que le corresponde como propia e indelegable; y que tiene atribuida precisamente con la finalidad de que quede salvaguardada y justificada la objetividad e imparcialidad que deben presidir estas adjudicaciones.*

La Mesa puede ciertamente servirse de un asesoramiento técnico, pero debe consignar su propio juicio sobre cada uno de los criterios que según la ley o la convocatoria deban determinar la adjudicación y, más particularmente, debe expresar, las concretas razones que le llevan a considerar que tales criterios se

individualizan o concurren en mayor medida en las ofertas que finalmente incluya en la propuesta de adjudicación que eleve al órgano de contratación.

Esto último lo que conlleva es lo siguiente: (a) que la Mesa no puede limitarse a reproducir literal y acríticamente el informe que haya sido emitido por ese asesoramiento externo que haya recabado, pues, si lo asume, habrá de expresar sus propias razones de por qué lo asume; y (b) que si en el expediente alguno de los interesados ha formulado reparos al contenido de ese informe externo, la Mesa habrá de consignar su concreta posición o respuesta a tales reparos”.

En este caso sin embargo, tal motivación no aparece por lo que se refiere a la exclusión de la recurrente, acto que corresponde a la propia Mesa de contratación, sin perjuicio de la justificación de la adjudicación que en su momento tendrá que presentar fundadamente al órgano de contratación de acuerdo con lo más arriba indicado.

En cuanto a la firma del informe aunque se haya efectuado sin indicar que el firmante es representante de Energium, como afirma la recurrente, dicha omisión ni siquiera puede ser considerada como un defecto formal al constar que la elaboración del mismo se imputa a una persona jurídica, que lógicamente debe actuar instrumentalmente mediante una persona física para su emisión, que tal y como consta en el documento de la firma del indicado contrato de fecha 21 de septiembre de 2016, es su representante en virtud de escritura otorgada ante notario, sin que por otra parte se haya acreditado un incumplimiento de las exigencias del contrato celebrado con Energium.

2. En segundo lugar cabe examinar aquellos aspectos de la exclusión de la oferta que han sido admitidos en el informe técnico aportado por el órgano de contratación. En concreto afirma la recurrente que algunas de las objeciones hechas valer en el informe no responden a la realidad de la documentación aportada, calificándolas de “falsas”, ya que en su memoria técnica sí que recogía la información que según el informe de valoración no constaba y que ante la contradicción interna del informe sobre el cumplimiento del PPT, y lo prolijo del

documento omitido (100 páginas), *“no podemos dejar de pensar que pueden ser intencionadas”*. Esta alegación responde a las siguientes afirmaciones del indicado informe:

- *“Se propone drivers electrónicos MeanWell para la regulación de los puntos de luz. Se indica una relación de la cantidad de luminarias en las que se instalará este driver, pero no se indica a qué tipo de luminarias afectará.”*

- *“Se propone el sistema de telegestión Helios que trabaja en la frecuencia 868 MHz, que es la frecuencia protegida en la unión europea para la transmisión de datos entre equipos electrónicos, pero no se describe cómo será el proceso que se seguirá para su implantación, ni se define claramente cuál es la arquitectura y componentes del sistema”*.

- *“No se indica si se realizarán puesta en marcha y servicio las instalaciones, ni cuál sería el procedimiento.”*

Dado que por parte del técnico informante se reconoce que no se tuvieron en cuenta los aspectos descritos en la documentación que sí fue aportada, este Tribunal considera que se debería estimar el recurso por este motivo, si bien aprecia que no cabe asignar sin más 1 punto adicional a la oferta técnica de la recurrente, como parece que propone el técnico informante sin realizar una nueva valoración motivada sobre los aspectos que no fueron tenidos en cuenta o se valoraron negativamente, puesto que el presunto defecto en la memoria técnica de la recurrente que determinó que no alcanzara la puntuación de corte (12 puntos), no es la falta de aportación documental sino la falta de consideración de aspectos descritos en la misma, cuya valoración no se desprende del informe técnico remitido a este Tribunal.

Sexto.- En cuanto al resto de defectos imputados al informe de valoración no reconocidos por el técnico informante, debemos comenzar recordando que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. Este criterio ha sido recogido en diversas resoluciones por este Tribunal señalando que *“los pliegos reguladores de la licitación*

constituyen la ley del contrato, como viene reiteradamente afirmando la jurisprudencia, siendo éstos el elemento reglado que permite un control posterior de la misma, lo que supone que la Administración no puede alterar unilateralmente las cláusulas de los pliegos en perjuicio de los licitadores y que los licitadores deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso, presentar su oferta conforme a los requisitos técnicos contenidos en éstos y que en caso de no hacerlo deban ser excluidos de la licitación”.

Esta vinculación, en cuanto a la Administración, supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos, ni relativizarlas en perjuicio de los licitadores y, por tanto, la valoración realizada por la misma ha de ajustarse a lo previsto en los mismos.

No cabe desconocer que la Administración a la hora de valorar los aspectos técnicos de las ofertas, bien directamente o como en este caso a través de una empresa contratada, puede atenerse a la discrecionalidad técnica. En cuanto al alcance de tal concepto, ya la Resolución 112/2015, de 15 de julio, de este Tribunal, señala, con cita de una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.*

Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos.

No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”

Tal como ya indicó este Tribunal en su Resolución 84/2015, de 12 de junio, además de la función de control, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que en caso de ser contravenida, generaría indefensión. Con carácter general, la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación, de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

Interesa destacar las conclusiones de la reciente Sentencia del Tribunal supremo de 10 de mayo de 2017, en relación con alcance del control revisor de las decisiones de los poderes adjudicadores, cuando afirma que *“Pues bien, la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual*

sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Los criterios que figuran en los pliegos serán los que determinen la adjudicación, por ello, la posibilidad de recurso contra este acto de finalización del procedimiento de contratación requiere tener conocimiento cabal de las puntuaciones asignadas a cada uno de dichos criterios y las causas de la misma, a fin de facilitar, en su caso, su control, por lo que necesariamente en la valoración de los criterios debe hacerse un juicio razonado para poder conocer los motivos por los que se llega al resultado final de otorgamiento de puntuación.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2014, recurso 1375/2013, fija el marco de control del poder discrecional frente a la arbitrariedad y su pariente próximo la discrecionalidad extralimitada. Respecto del contenido de la motivación se declara que debe cumplir al menos estas condiciones:

- a. Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico.
- b. Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico.
- c. Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato sobre los demás.

Por tanto, debemos comprobar si el informe técnico soporte de la adjudicación, está debidamente motivado y argumentado, es decir que existe una valoración técnica debidamente justificada, a la luz de los argumentos expuestos por la recurrente.

Los defectos imputados al informe de valoración son los siguientes:

- Se afirma en el informe de valoración que *“La presentación de las luminarias propuestas es algo espesa y confusa, al estar entrelazada la información que aporta el concursante con la que se expone en la memoria IDAE y que se incluye de nuevo en la memoria técnica del mismo. Además, se presenta una tabla con las diferentes luminarias propuestas, pero solo se indica modelo, no se habla de marca. Hay que avanzar hasta las fichas técnicas para descifrar esta información”*. Frente a esta afirmación aduce la recurrente que la misma es totalmente falsa, pues en la primera página de la memoria técnica, existe un índice detallado de todo el contenido de la propuesta y en la primera página de la memoria técnica de iluminación LED está la tabla con las marcas de cada modelo de luminaria ofrecida.

Se señala en el informe remitido con ocasión del recurso que por mor de la transparencia y de la claridad en los análisis, se deja constancia en el informe de valoración de aspectos relativos a la presentación y organización de la documentación *“que NO se evalúan si no que es casi la transcripción de los pasos realizados en cada momento (...) La valoración de la documentación no se ve minusvalorada por ninguna de las apreciaciones realizadas en la fase preliminar y se basan en el análisis detallado de la segunda fase, al no incurrir en el defecto de no presentar la marca relacionada con el modelo, se valora de forma positiva y sin penalización ese aspecto”*.

Examinado el informe técnico en primer lugar conviene destacar que en el apartado de metodología no se especifica que se realiza un primer examen sobre aspectos relativos a la organización de la documentación que no serán tenidos sin embargo en cuenta, es más, en el apartado *“obra”* en el que se realizan las objeciones o pegas a la memoria técnica objeto del presente recurso consta como metodología *“Se comprueba que los concursantes presentan toda la información obligatoria solicitada en pliego de forma clara, concisa y coherente”* y *“se precisa que todas las actuaciones que se proponen realizar durante la misma se encuentren bien descritas y se aporte toda la información posible, y permitida”*. Cabe añadir a ello que en la valoración de este apartado se enumeran además de los indicados por la

recurrente algunos aspectos negativos en la valoración de la memoria, pero no se asigna una puntuación en cada aspecto a valorar, ni siquiera se desglosa la puntuación en los propios apartados que indica en su capítulo de metodología, sino que solo se exponen una serie de conclusiones sobre la memoria técnica y se valora en un cuadro final global para cada oferta.

Esto no obstante en el propio informe de valoración tras realizar el primer comentario negativo sobre la documentación presentada se indica respecto de las marcas que *“Tras un análisis en mayor profundidad de las fichas técnicas y otras tablas de distintos apartados no referentes a la descripción de la solución técnica en iluminación, se ha aclarado la propuesta del concursante. Ofrece luminarias de dos fabricantes distintos, Eficiencia Energética Eficiente y Benito”* (...) para proceder a su examen y valoración. De esta forma en el propio informe parece haberse salvado la incorrecta apreciación de la indicación de las marcas al examinarlas a continuación, por lo que la objeción en sede de recurso a la valoración derivada del comentario controvertido queda circunscrita al modo de aportación de la documentación y su claridad, pero no al contenido de la misma al menos por lo que a las marcas de las luminarias se refiere.

Asimismo considera la recurrente que el informe yerra cuando afirma en su página 13 *“Para las Quebec de la plaza se propone la luminaria LED EVO de BENITO. Los proyectos tipo A se sustituyen por Proyector Flood Light LED, pero no queda claro de qué marca”*. Ciertamente el informe parece contradictorio en cuanto en un primer momento indica que no constan las marcas, luego afirma tras un análisis en mayor profundidad se comprueba que sí constan las marcas en concreto que ofrece luminarias de dos fabricantes distintos, Eficiencia Energética Eficiente (3E) y Benito, para terminar señalando en el análisis de cada una de las marcas, que no queda clara la marca de los proyectos Flood Light LED. Sin embargo la marca de esta luminaria sí que consta en la memoria técnica de la recurrente, en concreto se trata de 3E.

Por ello este Tribunal no puede apreciar si estos aspectos relativos a la organización de la documentación pueden haber tenido realmente alguna incidencia

sobre la valoración. Tampoco consta específicamente si se ha considerado o no la falta de indicación de la marca de una de las luminarias, respecto de la que el informe parece algo confuso.

- Se indica asimismo en el informe de valoración, *“Se aporta una tabla con la relación de la cantidad de luminarias propuestas y su potencia. La leyenda es confusa y no se entiende bien cuál es la propuesta”*, afirmación que la recurrente considera arbitraria y que no puede ser tenida en cuenta como criterio técnico. Además explica las tablas que incorpora a la Memoria Técnica en el Apartado 1.4 constituyen el resumen final de una explicación detallada contenida en la propia memoria técnica. Explica también que en la tabla se identifica con diferentes códigos de colores las actuaciones propuestas (instalaciones sin modificación, sustitución de lámparas por otras más eficientes, incorporación de lámpara LED HP de gran eficiencia lumínica), lo que hace sencillo comprender el alcance de la propuesta.

Por su parte en el informe al recurso se opone en primer lugar que utiliza un código de colores para explicar las acciones que se llevarán a cabo con respecto a la tabla inicial de la memoria IDAE, que además cabe recalcar que no era la que se debía usar como punto de partida, existiendo una consulta en el perfil del contratante en la que se indica claramente que se utilizará la tabla 6 de la memoria IDEA y por otro lado que la propia tabla deja dudas sobre la propuesta, ya que de acuerdo con los códigos de colores de la tabla de la memoria de la recurrente *“(…) existen luminarias en las que se dice que no se realizará actuación pero que a la vez se incorporarán lámparas nuevas, ¿Cuál es entonces la propuesta?”*. Sin embargo no especifica cuáles son esas luminarias respecto de las que se aprecia falta de claridad en la propuesta.

Comprueba este Tribunal que por ejemplo en la columna correspondiente a Vial tipo C, resaltada en verde, de acuerdo con la leyenda de colores propuesta no se propone la modificación de la instalación, y por tanto las columnas de potencia auxiliar W y potencia Total KW, aparecen resaltadas en verde, sin embargo las columnas correspondientes al tipo de luminaria y potencia W se resaltan en amarillo correspondiente a la propuesta de incorporación de lámpara LED HP de gran

eficiencia lumínica. Sin embargo, Por otro lado en el punto 1.3 de la memoria se indica que por razones de racionalidad no se van a modificar una serie de puntos de luz, entre los que cita *“Vial tipo C- VSAP 250W”*, para inmediatamente a continuación indicar: *“Adaptación de las luminarias vial Tipo C-VSAP 250W a tecnología LED manteniendo la carcasa existente. Se realizará mediante la sustitución de lámparas y equipos auxiliares tipo COMPACT -100w y drivers electrónicos MEAN WELL”*.

El informe técnico al recurso trae a colación, como ejemplo, que en la tabla aparecen los proyectores tipo A, se indica que se cambiará la lámpara pero en la actuación se indica que se cambiará la luminaria por proyectores flood light.

La actuación sobre los proyectores tipo A aparece en la tabla marcada en amarillo que según la leyenda que la acompaña significa la *“Incorporación de lámpara LED HP de gran eficiencia lumínica”*, que contra lo aducido en el indicado informe coincide con la propuesta técnica (pág. 34 del sobre B memoria técnica) en el que para este tipo de lámpara consta *“La propuesta de la UTE Arroyomolinos alumbrado eficiente es la sustitución de los 104 proyectores tipo A existentes en el alumbrado público de Arroyomolinos por Proyectores LED FLOOD LIGHT, con drivers electrónicos MEANWELL regulables y programables a través de telegestión punto a punto (...)”*

Por lo tanto este Tribunal considera que si bien es cierto que de la sola tabla la solución propuesta parece confusa, el examen conjunto de la oferta en concreto en el apartado 1.3 de la memoria técnica explica el alcance de las propuestas reflejadas en la tabla.

De nuevo este Tribunal ante la falta de definición del informe no puede saber el alcance que puede haber tenido al asignar la puntuación, la falta de claridad de la oferta apreciada en el informe de valoración.

- Otra de las objeciones hechas valer en el informe es que *“En la potencia auxiliar se estima un 5% de consumo para todos los tipos de luminarias instaladas*

en el municipio, tanto las propuestas como para las que no se realiza modificación, cuando en realidad las luminarias no sustituidas tienen un consumo auxiliar de al menos un 20%. Según esto, no se hace un buen cálculo de la reducción de potencia y deja en duda la solidez de los cálculos realizados para determinar la reducción de potencia ofertada”.

La recurrente afirma que conoce perfectamente el consumo de las luminarias no sustituidas pero que ha utilizado en sus cálculos esta potencia por ser el 5% exactamente el porcentaje utilizado como potencia auxiliar en la Memoria Técnica del proyecto IDEA, aportando un cuadro elaborado por esta misma para acreditar tal extremo.

El órgano de contratación indica en su informe que existe una consulta resuelta en el perfil del contratante dentro del expediente que nos ocupa, con fecha 2 de noviembre de 2016 a las 13:55 horas, en la cual se deja bien claro que como referencia prevalecerá la relación de luminarias que se recoge en la tabla 6 de la memoria IDAE y que el hecho de que en la memoria IDAE, documento consultivo en el expediente, se utilice un porcentaje de consumo eléctrico erróneo, en una tabla cuya referencia no debía ser tenida en cuenta tal y como se concretó anteriormente, no elude el hecho principal que es lo que se mantiene en el informe como error por parte de la recurrente.

La tabla 6 de la indicada memoria que se anexa al PPT que ha de regir el contrato, contiene el inventario de los puntos de luz en el que consta una columna en la que se recoge la potencia auxiliar en cada luminaria y otra columna con la potencia de las lámparas y la tabla 18 contiene asimismo el número de puntos de luz y su potencia. Sin embargo ambas tablas ofrecen distintos parámetros, de esta forma por ejemplo para las lámpara es tipo proyector tipo VSAP el porcentaje de potencia auxiliar en la tabla 18 es del 5%, mientras que en tabla 6 para el mismo tipo de lámpara la potencia auxiliar consignada es del 16%.

Por tanto constando en el documento de consultas la necesidad de partir de la tabla 6, la valoración efectuada por Energium en este punto no excede de los límites de la discrecionalidad técnica que le es dada.

- El informe de valoración señala: *“En la página 46, del informe aportado en el sobre B, referente al apartado 2.4 ‘Trabajos a realizar’, subapartado 2.4.1 ‘Directrices Generales’, se indica que realizarán la rehabilitación de los 369 puntos de luz sin servicio que existen en el municipio” y “Más adelante, en la página 131 del sobre B, apartado 4.2 ‘Justificación de potencias ofrecidas. Estudios Lumínicos’ se indica que para la calle Iglesia se ha procedido, en los estudios lumínicos, a elevar la altura de instalación para así alcanzar los niveles lumínicos solicitados”.*

Alega la recurrente que ambas cuestiones ya fueron analizadas por este Tribunal, mientras que el órgano de contratación señala que *“que se validara la aptitud de la documentación no implica que esta sea mejor o peor”.*

Efectivamente tal y como se indica en el informe a consecuencia de la Resolución 110/2017 se consideró que no debía excluirse a la recurrente por la inclusión de documentación relativa a la oferta económica en el sobre B, por lo tanto es congruente con la resolución dejar constancia de las propuestas, sin perjuicio de que de la simple constatación de su inclusión no puede considerarse como negativamente consideradas como aduce la recurrente.

-El siguiente punto del informe objeto de controversia se refiere al cuadro de Gantt, en los siguientes términos: *“Se incluye Gantt, pero muy escueto; no está referido a CM ni vías. Tampoco se indican rendimientos de trabajo que argumenten y den solidez a los datos aportados por el concursante de cara al tiempo de ejecución de la obra”.* También se afirma que *“No se indican cuántos equipos de trabajo y en qué zonas se trabajará para justificar los tiempos de trabajo. No se aporta tampoco plano de zonificación del municipio ni ubicación de los centros de mando para la planificación de la ejecución, lo que permite dar soporte al Gantt y los tiempos de ejecución ofertados. En general es algo justa la información aportada sobre los tiempos de ejecución de la obra y personal/material aportados a la misma”.*

Además en relación con esta cuestión del estudio de los tiempos de trabajo, se refleja en el informe que no es posible contrastar la propuesta de 8 meses efectuada por la recurrente, con la información aportada.

Aduce la recurrente que el cuadro de Gantt es un cuadro esquemático en el que se determinan las actuaciones a desarrollar en el tiempo, por lo que poco más puede ofrecerse en el mismo respecto del contenido en su memoria técnica, no obstante, según afirma sí se describen suficientemente las labores en dicho cuadro en relación a lo establecido en el pliego. Así mismo indica que varios licitadores que presentan estudios correctos de rendimiento de trabajo de unidades de obra, tardan 8 meses aproximadamente, para la ejecución de la obra con el mismo número de equipos de trabajo y personal, concluyendo *“Es decir los tiempos son correctos o incorrectos para Energium según los realiza uno u otro licitador”*.

Por último aduce que el nivel exigido por Energium a la hora de valorar las ofertas solo será exigible al adjudicatario final, de acuerdo con la cláusula 7 del PPT que establece que *“En el plazo máximo de 30 días a contar desde la formalización del contrato, el contratista deberá presentar, para su aprobación por el responsable, un planning de ejecución de la instalación del suministro en el que se especificarán y detallarán todos y cada uno de los trabajos a realizar, así como su periodo de ejecución y el personal asignado a cada trabajo. En cualquier caso el periodo temporal abarcado por el planning no podrá superar, en ningún caso, el plazo máximo de ejecución del contrato.”*

Considera el informe de Energium que el objeto de la estudio es el análisis la justificación de los plazos comprometidos, no la declaración del compromiso de cumplirlos. Esa justificación necesita tanto de un detalle mucho más exhaustivo de, personal, número de equipos, composición de los equipos, rendimientos, zonificación y un largo etcétera de información que no se presenta. Respecto del momento en que deben justificarse los tiempos de trabajo, indica que precisamente se trata de que en la fase de licitación se pueda evaluar y justificar con mayor precisión la planificación de la obra.

Debemos partir en este punto de que la aportación del Diagrama de Gantt es obligatoria según la cláusula 4.4 del PPT, y que de acuerdo con esta misma cláusula su aportación tiene por objeto homogeneizar la información de todos los licitadores que en todo caso deberá describir de forma detallada las actuaciones a acometer, su calendario, una descripción técnica completa de las mismas, su organigrama funcional, debiendo describir completamente los criterios y metodología para el desarrollo del trabajo.

De esta forma cabe concluir que lo que se exige es una memoria técnica detallada en cuanto a los tiempos de las inversiones, obras y suministros a realizar, lo que constituye un elemento determinante del contrato, y en concreto una serie de instrumentos técnicos y estadísticos que reflejen de forma uniforme el contenido de la Memoria, no cabe pues argumentar que se trata de una obligación que solo incumbe al adjudicatario, como afirma la recurrente, sino que es un elemento fundamental de la valoración. Todo ello sin perjuicio de la obligación para el adjudicatario de presentar un planning de ejecución de la instalación, que aunque el pliego no lo especifica, debe responder a la propuesta de la memoria técnica en términos generales, sin perjuicio de su concreción en función de las necesidades y posibilidades del municipio, para lo que se exige su aprobación.

Por otro lado la recurrente no discute o cuestiona que el diagrama que presenta no responde a los anteriores parámetros, sino que se limita a indicar que también se expone en el memoria la previsión de personal a utilizar en el punto 2.2.1 de la Memoria, pero este Tribunal entiende que la sola mención al personal a emplear junto con el diagrama de Gantt incluido en el punto 2.10 de su Memoria Técnica, no da una idea exhaustiva de los tiempos que dependen de una adecuada organización y planificación, de los trabajos y su zonificación, sino que simplemente indica para cada tarea el tiempo de implantación y la fechas (principios, mediados, finales) de cada mes. Si comparamos este diagrama por ejemplo con el presentado por la empresa ELECNOR, se comprueba que si bien ambos ofrecen el tiempo propuesto para cada trabajo, en el caso de esta última licitadora cada una de las tareas se subdivide en relación con cada luminaria indicando asimismo su tipología y

distribuyendo el diagrama por tramos, que se resumen con una barra de tareas completadas a fin de obra.

Si bien la recurrente sí presenta el Diagrama de Gantt, lo cierto es que la el mismo admite una diferente valoración en función de la información ofrecida, lo que justifica que dentro de los límites de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación se le otorgue distinta puntuación en función de la calidad de la información que ofrece, sobre la que este Tribunal no puede pronunciarse. En todo caso examinada la oferta de otra de las licitadoras en este punto no se aprecia un trato desigual o discriminatorio entre ambas en tanto en cuanto el contenido de las Memorias no es igual, ni homologable, sin que por otra parte dicho trato desigual haya sido acreditado por la recurrente más allá de afirmaciones genéricas, no referidas a aspectos concretos de las valoraciones para su contraste.

En cuanto a la circunstancia de que se considere que el tiempo de 8 meses de implantación es adecuado en las Memorias de otras empresas, este Tribunal considera que el tiempo de 8 meses no es un valor absoluto, sino relativo, esto es que está en función de la programación, organización y medios materiales, y técnicos que se aporten para la ejecución del contrato, según se justifique en la Memoria, que son distintos obviamente en el caso de cada empresa. De manera que el hecho de que una empresa justifique que puede implantar las nuevas instalaciones en 8 meses con los medios que propone no tiene porqué significar que otras puedan hacerlo en el mismo tiempo (incluso podría ser menos según los casos).

- Se indica en el informe de valoración que *“El concursante indica que se legalizarán las instalaciones, y qué documentación se aportará, aunque es un ‘copia y pega’ del texto incluido en el pliego técnico. No se describe ni indica cuáles son los procedimientos y documentación requerida para la legalización. Tampoco se indica que CM se legalizarán mediante proyecto y cuáles se legalizarán mediante memoria.”*

Frente a esta aseveración la recurrente considera que “es curioso” que se evalúe este aspecto, pues el proceso de legalización está normalizado, es un estándar, y solo hay que seguir las normativas que regulan este tipo de actuaciones, que explica. Así las instalaciones con potencia superior a 5kW, requieren proyecto redactado por técnico titulado competente; las de menos de 5kW, Memoria técnica de diseño redactada por instalador autorizado.

Efectivamente ninguna virtualidad tiene explicar en el proyecto técnico cómo debe procederse a la legalización de unas instalaciones cuando el procedimiento esté definido normativamente en función de la potencia de cada instalación, lo que únicamente exige su cumplimiento. Caso distinto es el de la especificación de qué tipo de actuación corresponde en uno y otro caso y su definición, pero esta circunstancia aparece reflejada en la Memoria Técnica en tanto en cuanto recoge la potencia de las instalaciones a legalizar.

Si comparamos por ejemplo la oferta de la recurrente con la de ELECNOR en este punto (punto 1.10.4.2), comprobamos que expone en su Memoria Técnica, que hay dos formas de proceder a la instalación en función de la potencia de las instalaciones y reproduce “copia y pega” el Reglamento B.t en cuanto a la necesidad de proyecto, de manera que al igual que la recurrente se remite a la normativa aplicable que no explica o desarrolla por innecesario. En el informe de valoración se deja constancia de que *“Demuestran el conocimiento sobre los trámites burocráticos y documentación necesaria para la legalización de las instalaciones de menos de 5kW y de más de 5kW, con respecto a lo exigido en el Reglamento de Eficiencia Energética de Alumbrado Exterior; sin embargo, no indican qué centros de mando se incluirían en cada caso descrito anteriormente”*.

Si bien en este caso *prima facie* no se observa vulneración del principio de igualdad ya que en ambos supuestos el informe expone como un elemento negativo que no indican qué centros de mando se incluirían en cada caso, tampoco en relación con este motivo puede afirmarse indubitadamente que la apreciación incluida en el informe haya implicado una minoración de puntos que este Tribunal pueda revisar de forma objetiva.

- *“Se aporta estudio de potencias suficiente, aunque poco profundo y detallado. Se presenta un inventario de luminarias escueto que no está referido a vías ni CM”. Alega la recurrente que aunque el estudio de potencias pueda ser considerado como escueto, a nuestro modo de ver es suficiente y justificado y también hemos de manifestar que da el mismo resultado contar las potencias totales, por tipos de luminarias en el conjunto de la instalación, que detallarlas por Cuadros de Mando, concluyendo que “El nivel de detalle que exige el técnico de ENERGIUM no está establecido en el pliego de cláusulas para su evaluación, por tanto es un criterio nuevo establecido por el mismo, y que atenta contra el principio de publicidad de los pliegos”.*

El órgano de contratación afirma que no se exige un nivel de detalle adicional, si no el suficiente para conocer las estimaciones realizadas para el cálculo de ahorro de potencia y que en este caso no se aportan más que los estudios lumínicos de las vías principales del municipio lo que impide justificar la los cálculos para esas vías.

En primer lugar no aprecia el Tribunal que la apreciación del grado de detalle de los estudios lumínicos sea una modificación o alteración de facto de los pliegos, sino que el grado de detalle forma parte de la propia evaluación de la Memoria Técnica, tal y como está descrita en los pliegos. Así el PCAP exige Memoria Técnica explicativa de los elementos propuestos para la nueva instalación, con estudio detallado de ahorros energéticos y el punto 4.4 del PPT establece la obligación de aportar estudios lumínicos de las secciones señaladas en el Anexo II, como mínimo, lo que permite modular al alza la puntuación si se contemplan más segmentos de calles o calles que los contemplados en indicado Anexo. En segundo lugar comprueba el Tribunal que la recurrente acompaña un Anexo en formato CD a su Memoria Técnica, en el que presenta estudios lumínicos de 124 vías o tramos de vías (por ejemplo ELECNOR contempla 138), de manera que no cabe sino considerar en relación con la apreciación de la Memoria Técnica por Energium, que ambas ofertas no pueden ser merecedoras de la misma puntuación en relación con los estudios lumínicos.

- Respecto de la siguiente afirmación del informe de Energium, *“Se aportan estudio de ahorro de consumo, aunque no se ha usado la tabla incluida en el pliego para calcular el consumo con regulación; ni tampoco se explica cuál es la media de horas de uso estimada para el cálculo del consumo tras la sustitución con el nuevo sistema de telegestión”*, señala la recurrente que sí que incluye dicha información puesto en que en el apartado 4.3 de la Memoria se indica que *“para el cálculo de los ahorros energéticos anuales (...) hemos partido de las potencias instaladas de nuestra propuesta de actuaciones, multiplicándola por las horas de uso anual (2957 h. señaladas en la Memoria IDEA (...))”* y que ha utilizado para sus cálculos los métodos y datos de la indicada Memoria.

Energium en su informe reproduce parte del punto 4.4 del PPT en el que se indica que se debe aportar un estudio general de las potencias y debido a que se implementará telegestión punto a punto para unificar las curvas de regulación se usará para el cálculo de consumos generales la siguiente relación, incluyendo una tabal en que relaciona ahorro potencia con ahorro energía.

En este punto debemos partir de la conocida vinculación de los licitadores a la hora de realizar su oferta respecto del contenido de los pliegos que en este punto se constituyen ley del contrato, siendo claro el mandato del PPT en relación con el punto controvertido. Esto no obstante bien pudiera ser que efectivamente la utilización de un parámetro u otro arrojara el mismo resultado con lo que el informe de Energium erraría en este punto, sin embargo la recurrente no acredita dicha equivalencia, más allá de su afirmación por lo que debe desestimarse el recurso por este motivo.

- Considera la recurrente que también se produce un error en la valoración de su oferta cuando el informe elaborado por Energium consigna que no hay datos técnicos del proyector de pared de 50 W de 3E, especificando las páginas de la memoria técnica que acompaña a su oferta en que se recogen tales datos.

Por su parte Energium aduce en el informe remitido junto con el expediente administrativo que la recurrente no identificaba en sus fichas técnicas dicho

proyector como lo hacía en la tabla referida, si no que tenía dicho equipo como *“proyector floodlight”*. *“De esta forma no se puede referenciar de forma unívoca la propuesta con el producto referenciado de dos formas diferentes”*.

Examinada la Memoria presentada por la recurrente se comprueba que en la página 77 de la Memoria se incorpora una tabla con la marca y modelo de las luminarias ofrecidas en las que consta un proyector de pared 50W, 3E, y también distintos modelos de proyector floodlight; en la página 79 se hace referencia a un proyector Led Flood Light con posibilidad de acople para brazo mural, incorporándose las imágenes y planos del producto en la página 90 y siguientes y por último su ficha técnica se incorpora en la página 109. Sin embargo no se recoge la ficha técnica del proyector de pared 50 W 3E. Tampoco consta de forma expresa que los proyectores Flood light (100 W, 150 W y 200 W) sustituyeran o comprendieran de alguna forma al proyector de pared, y lo cierto es que su ficha técnica no se acompaña, por lo que no puede afirmarse la existencia de error o arbitrariedad en el informe en cuanto a este punto.

Séptimo.- Examinado el recurso y el informe de valoración con los resultados que anteceden, cabe concluir que el informe de valoración contiene errores en cuanto al examen del material sobre el que ha de recaer, y que a pesar de contener un apartado denominado *“metodología”*, no expresa los criterios de valoración que se utilizarán para emitir el juicio técnico y finalmente tampoco informa de las razones por las que, en aplicación de esos criterios se llega a una concreta asignación de puntuación y no otra. En consecuencia debe determinarse el efecto que esta Resolución debe tener sobre la presente licitación, debiendo el Tribunal pronunciarse sobre la posibilidad de mantener la licitación realizando una nueva valoración de la oferta de la recurrente, o por el contrario si debe anularse toda la licitación.

Debe considerarse para dilucidar la cuestión, las concretas pretensiones hechas valer por la recurrente, que no están muy claras en su escrito. Así sin perjuicio de las objeciones sobre la oferta de Elecnor, sobre las que volvemos más adelante, parece que solicita la nulidad del procedimiento al no poder resolverse

mediante la aplicación de los criterios objetivos en los que todos los licitadores obtendrían la misma puntuación, de forma subsidiaria a su admisión de nuevo al procedimiento de licitación, *“acuerde la nulidad del referido acuerdo de exclusión de la UTE a la que represento, realizado por la Mesa de Contratación de 21 de abril del presente año y acordar o bien la nulidad de la valoración completa de los criterios subjetivos realizada, y en consecuencia del proceso licitatorio”.*(sic)

Como hemos señalado, ni el PCAP establece subcriterios de valoración, ni en el informe de Energium se explica al tratar la metodología qué peso específico se pretende asignar a cada aspecto a valorar. Tampoco se expone si las pretendidas deficiencias detalladas en el informe (algunas de las cuales como hemos visto no son tales) han incidido negativamente en la puntuación a asignar ni en qué cuantía, por lo que este Tribunal no puede ejercer su labor de revisión frustrando la finalidad perseguida con el recurso. La falta de motivación por otro lado coloca a los actos discrecionales fuera del ámbito en dicha discrecionalidad debe desenvolverse, convirtiéndolos en actos arbitrarios.

Dado que en esta licitación se han contemplado tanto criterios objetivos como subjetivos de valoración debe determinarse si en este momento del procedimiento cabe realizar una nueva valoración motivada de la oferta de la recurrente, sin alterar el orden de apertura de las ofertas previsto en el artículo 150 del TRLCSP. A este respecto en nuestra Resolución 24/2014, de 5 de febrero, se realiza un estudio de la cuestión al que nos remitimos, partiendo de la base de que la normativa establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor y pueda ser influenciado.

En este caso al no haber sido abiertos los sobres que contienen las mejoras valorables con hasta 55 puntos, no se produce la posibilidad de influencia sobre la valoración subjetiva que determina el orden de apertura de los sobres, por lo que

cabe la revisión del informe de valoración sin necesidad de anular todo el procedimiento de licitación, sin perjuicio de que otro de los criterios valorables mediante fórmula, como es el caso del ahorro de consumo, sí se conozca ya dado que de acuerdo con el PCAP dicha información debía incluirse en el sobre de criterios susceptibles de juicio de valor.

Debe aún determinarse el alcance de la revisión del informe de valoración a la luz del principio de conservación de los actos y procedimientos administrativos recogido en el artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, del derecho de defensa de los participantes en el procedimiento de licitación y respetado por último el principio de congruencia de las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales, recogido en el artículo 49 del TRLCSP.

La pretensión principal de la recurrente es su admisión al procedimiento de nuevo, para lo cual debe elaborarse un nuevo informe de valoración, sin que este Tribunal pueda suplir la actuación del órgano de contratación puesto que su función es revisora y no de plena jurisdicción. Este nuevo informe deberá explicar razonadamente la puntuación que se otorga a cada licitador admitido en el procedimiento, si bien no cabe admitir aquellos licitadores que no habiendo superado el punto de corte, no han recurrido puesto que para ellos su exclusión es un acto firme y consentido, sin que ello suponga indefensión puesto que han tenido la posibilidad de recurrir la decisión sin haberlo hecho. Tampoco se aprecia vulneración del principio de igualdad por tratarse de situaciones diversas al producirse una actitud de aquietamiento que supone la renuncia a sus derechos, tal y como en un caso de concurrencia competitiva en un proceso selectivo ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 26 de mayo de 2017.

La nulidad del informe por falta de motivación objetiva y razonable y la consiguiente necesidad de elaborar uno dentro de los límites de la discrecionalidad técnica con la posibilidad de que se alteren las puntuaciones ya otorgadas, pretende conservar el procedimiento depurándolo de los defectos que hayan podido producirse hasta el momento, puesto que una vez superada esta fase y abiertas las

ofertas económicas la retroacción del procedimiento no sería posible, tal y como se ha expuesto más arriba, lo que necesariamente determinaría la nulidad de todo el procedimiento de licitación en el caso de que cualquiera de los licitadores admitidos impugnara la adjudicación del contrato con fundamento en los vicios del informe de valoración.

Por otro lado, no produce indefensión a juicio de este Tribunal, ya que habiéndose concedido trámite de alegaciones en el presente recurso en el que se solicitaba expresamente la nulidad de todo el procedimiento ningún licitador ha alegado en relación con esta cuestión. (Elecnor lo hace solo respecto del cumplimiento de su oferta).

Octavo.- Otro de los motivos de recurso hecho valer por la recurrente es la pretendida existencia de una incongruencia en los pliegos a su juicio, que afirma que incluso puede ser perjudicial para la corporación. En concreto afirma que el PPT cuando se refiere a los cálculos luminotécnicos, dice: *“(...) Para la evaluación de los niveles lumínicos es exigible la presentación en formato digital de los plugin compatibles con el software Dialux de las luminarias incluidas en la oferta. Deberá presentarse en el CD adjunto a la oferta técnica.*

Será obligatorio entregar fotometrías y deberán ser realizadas de acuerdo a la Norma UNE-EN-13032-1:2006. Dichas fotometrías deberán ir acordes a un software independiente como Dialux en el que se exprese el flujo de salida de la luminaria...Los cálculos lumínicos únicamente se presentarán en CD, en formato pdf.”

Debido a que en los pliegos se solicitan solo los *“plugins compatibles”* y *“los cálculos lumínicos únicamente se presentarán en CD, en formato PDF”* y no los estudios originales en formato dlx, no es posible revisar todos los aspectos del estudio lumínico.

Energium además de señalar que el recurso se interpone contra la adjudicación, pero no contra los pliegos, señala que cabía la posibilidad de incluir

adicionalmente cualquier otra información que la empresa juzgue conveniente, para salvar dicha aparente falta de información.

Sin perjuicio de lo anterior, y tal y como viene señalando este Tribunal de forma reiterada, entre otras en la Resolución 157/2016, de 8 de septiembre la participación en la licitación sin haber impugnado los pliegos rectores de la misma supone su aceptación incondicional (artículo 145 del TRLCSP) y los pliegos se erigen en ley del contrato incluso cuando concorra un supuesto de nulidad de pleno derecho no hecho valer en plazo. Excepcionalmente se admite el recurso indirecto contra los pliegos al recurrir la adjudicación cuando la aplicación de lo dispuesto en ellos conduce a un acto de aplicación nulo porque permita un trato desigual o discriminatorio siempre que no fuera apreciable por un licitador diligente. En este sentido se pronuncia la sentencia del TJUE, de 12 de marzo de 2015, eVigilo Ltd, dictada en el asunto C-538/13. Sin embargo en este caso no concurren los supuestos que permitirían considerar la aplicación de la doctrina contenida en esta Sentencia.

Si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por la adjudicación, que obviamente, pretendía.

Tal como sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus Sentencias 232, de 14 de mayo de 2015 y 118, de 5 de mayo de 2016, *“el recurso contra los pliegos y el recurso contra la adjudicación no se solapan ni se interrelacionan, constituyendo recursos perfectamente diferenciados, con lo que , ni siquiera, puede considerarse que los pliegos o determinadas cláusulas de los mismos que no han sido impugnados en su momento y que, en consecuencia, han sido consentidos y firmes por no haber sido recurridos en tiempo, puedan ser indirecta o instrumentalmente valorados y afectados por el pronunciamiento de un*

recurso especial promovido contra la adjudicación". Por lo tanto Resulta extemporánea la posibilidad de recurso contra los pliegos en el momento actual del procedimiento de licitación.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

Noveno.- Asimismo considera la recurrente que se ha producido una grave incongruencia en el método de evaluación que ENERGIUM ha realizado para aplicar los criterios de valoración. En concreto, afirma que se han valorado por separado cada uno de los criterios de valoración subjetiva establecidos por el PCAP, a saber la valoración técnica de un lado (criterio A.1) y de otro la reducción de potencia ofertada (criterio A.2), sumando los puntos obtenidos en cada uno de ellos. Como resultado de ello aduce que un licitador, que presenta estudios lumínicos deficientes, (criterio A.1), según el técnico evaluador, quién los califica como no válidos, sin computarlos, pasa a ser calificado como el de mejor puntuación en el criterio A.2., cuando la evaluación de este criterio se basa en los estudios lumínicos presentados, siendo este el caso tal y como afirma de la empresa ELECNOR.

Aduce que resulta incongruente que dicha empresa pase el punto de corte en base a la valoración de unos datos *"engordados"* según el tenor literal del informe de valoración cuando afirma *"Por todo esto, no se pueden tomar estos cálculos como veraces, puesto que los archivos utilizados no van en consonancia con la documentación presentada. Se intuye un posible 'engorde' de los valores para conseguir unos mejores resultados, los cuales sirven de base de cálculo para otras valoraciones de la licitación"*. A lo que añade que otras empresas como Etralux han sido excluidas por este mismo motivo, por lo que concluye que se tendría que haber excluido a ELECNOR, por haber falseado los datos, lo que contamina toda su plica *"y sin embargo se la premia con una gran puntuación"*.

No está muy clara cuál es la concreta pretensión de la recurrente en este punto, ya que como se ha recogido en el expositivo de los hechos parece que se plantea la pretensión de la exclusión de ELECNOR como alternativa o subsidiaria de la principal esto es o se anula toda la licitación al no ser posible volver a valorar los

criterios sujetos a juicio de valor o de mantenerse la valoración que determina que la recurrente no pase a la segunda fase, se excluya a ELECNOR de la licitación. Sin embargo, como conclusión final solicita la nulidad del procedimiento al no poder resolverse mediante la aplicación de los criterios objetivos en los que todos los licitadores obtendrían la misma puntuación, parece que de forma alternativa a su admisión de nuevo al procedimiento de licitación, *“acuerde la nulidad del referido acuerdo de exclusión de la UTE a la que represento, realizado por la Mesa de contratación, de 21 de abril del presente año y acordar o bien la nulidad de la valoración completa de los criterios subjetivos realizada, y en consecuencia del proceso licitatorio”*.(sic)

En primer lugar cabe señalar que si lo que pretende la recurrente es la exclusión de la empresa ELECNOR, carecería de legitimación activa, pues ningún beneficio puede deparar a una licitadora excluida, y que por lo tanto en modo alguno podría obtener la adjudicación del contrato, la exclusión de otra cuando todavía quedan ulteriores licitadoras en liza. Con carácter general, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada en Sentencias como la de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética. En cuanto a la necesidad de que la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo, exige que el interés invocado sea real y actual. Por ello, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha manifestado en diversas resoluciones tales como la 237/2011 y la 22/2012 que *“de manera reiterada en nuestra doctrina a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido, con fundamento en el mandato contenido en el hoy artículo 42 del TRLCSP, hemos declarado que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción*

moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción pública en materia de contratación pública”.

Los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, carecen de legitimación para impugnar las actuaciones del procedimiento posteriores a su exclusión, incluida la propia adjudicación del contrato, pues ningún beneficio podría reportarles ni evitarles ningún perjuicio. Según la doctrina contenida entre otras en la STJUE de 19 de junio de 2003, asunto C-249/01, Hackermüller, no tiene legitimación para recurrir la adjudicación el licitador que fue debidamente excluido.

Sin embargo ante la posibilidad de considerar la nulidad de todo el procedimiento de licitación planteada expresamente por la recurrente, debe examinarse el informe de valoración en cuanto a la oferta de ELECNOR.

Señala el informe de Energium que la puntuación y valoración de los criterios ponderables en función de juicio de valor, estaban descritos en los Pliegos que rigen este expediente y la Mesa se ha ceñido a ellos para la realización de la valoración, no tratándose de un acto atinente a la valoración objeto del recurso.

Por su parte ELECNOR en su escrito de alegaciones se opone al recurso considerando en primer lugar que resulta paradójico que la recurrente considere falsas algunas de las afirmaciones contenidas en el informe de Energium sobre su oferta, pero no dude de las conclusiones que en el mismo se ofrecen respecto de la oferta de ELECNOR. Así mismo señala que dicho informe en ningún momento se refiere a datos “falsos”, recordando que la falsedad documental es un ilícito penal, para advertir que en su momento interpondrá recurso contra la adjudicación del contrato al no estar de acuerdo con la valoración de su Memoria Técnica.

En cuanto a las deficiencias concretas del informe de valoración expuestas por la recurrente, señala que las afirmaciones del Informe de evaluación de Energium en cuanto al análisis de los estudios lumínicos de la memoria de

ELECNOR son erróneas y arbitrarias, exponiendo las razones de dicha afirmación de forma detallada y prolija para solicitar la desestimación del recurso.

Teniendo en cuenta el contenido de las alegaciones, sobre las que el órgano de contratación no se ha podido pronunciar al no estar previsto este trámite en el recurso, este Tribunal no puede sino tener por no acreditado un trato desigual e infundado de las licitadoras (conviene recordar en este punto que ELECNOR fue excluida en un primer momento siendo admitida de nuevo a la licitación en virtud de una resolución de este Tribunal), por lo que procede desestimar el recurso por este motivo, sin perjuicio del ulterior examen de la puntuación otorgada a ELECNOR en el caso de la interposición del recurso anunciado.

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 M.V.B., en nombre y representación de la UTE 3E/TELNOR, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 21 de abril de 2017, por el que se excluye a estas empresas que concurren bajo el compromiso de constituir la UTE 3E, S.L./TELNOR, S.L. de la licitación del contrato “Suministro e instalación de material eléctrico de iluminación con tecnología LED para la renovación y mejora del alumbrado público exterior en el municipio de Arroyomolinos”, número de expediente: 107/16, declarando que procede anularlo con retroacción del procedimiento para la revisión y motivación del informe efectuado, debiendo asumirlo la Mesa en su caso de modo motivado.

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.