

**Reclamación nº 101/2022**

**Resolución nº 148/2022**

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

En Madrid, a 21 de abril de 2022.

**VISTA** la reclamación interpuesta por la representación legal de Schunk Ibérica S.A. contra el acuerdo de adjudicación adoptado el 24 de febrero de 2022 por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (EMT) del contrato de “*suministro, montaje y puesta en servicio de 170 pantógrafos invertidos*”, número de expediente 21/135/2 este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios publicados el día 2 de diciembre de 2021 en el DOUE y en el perfil de contratante de la EMT, alojado en la PCSP, se convocó licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de valoración y sin división en lotes.

El valor estimado del contrato es de 3.060.000 euros y el plazo de duración de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 4 licitadores, entre ellos la recurrente que ha obtenido un tercer puesto en la clasificación de las ofertas.

**Segundo.-** Interesa a los efectos de resolver la presente reclamación el apartado J del Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

*“(...)**2. Mayor número de maniobras/año.***

*Se otorgarán **10 puntos** a la oferta que garantice mayor número de maniobras/año reflejada en el Anexo XI del presente pliego, establecida en 2.200 maniobras/año, puntuándose el resto de las ofertas por aplicación de la siguiente fórmula:*

$$\text{Puntuación} = (10 \times \text{NMOV}) / \text{MNM}$$

*Dónde:*

*MNM= Mayor Número de Maniobras/año*

*NMOV = Número Maniobras/año de la Oferta a Valorar*

**3. Mayor número de amperios.**

*Se otorgarán **10 puntos** a la oferta que garantice mayor número de amperios reflejada en el Anexo XI, del presente pliego, establecido en 500 Amperios, puntuándose el resto de las ofertas por aplicación de la siguiente fórmula:*

$$\text{Puntuación} = (10 \times \text{NAOV}) / \text{MNA}$$

*Dónde:*

*MNA= Mayor Número de Amperios*

*NAOV = Número de amperios de la Oferta a Valorar*

*La valoración global de las ofertas será el resultado de la suma de los criterios de calidad y económico, de conformidad con los criterios de adjudicación establecidos (...).”*

**Tercero.-** El 15 de marzo de 2022 la representación legal Schunk Ibérica S.A., presentó ante este Tribunal reclamación en materia de contratación contra la adjudicación del contrato al considerar que los criterios de valoración de las ofertas no están bien aplicados.

El 18 de marzo de 2022 el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y su informe tal como dispone el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del

Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación se encontraba suspendida de forma automática por haberse impugnado el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no ha solicitado el levantamiento de la medida cautelar de suspensión.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo, el 7 de abril de 2022, Iberdrola Clientes S.A.U. no ha presentado escrito alguno.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y se encuentra sujeta al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (RDLCSE). En consecuencia, la tramitación de la Reclamación le será de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse iniciado la licitación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

El artículo 121.1 del RDLSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial

en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

La Empresa Municipal de Transportes del Ayuntamiento de Madrid (EMT) es una empresa municipal del Ayuntamiento de Madrid que, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la LCSP, forma parte del sector público y tiene la consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su Consejo de Administración por una Administración Pública que es poder adjudicador como el Ayuntamiento de Madrid.

Los contratos de EMT tendrán carácter privado, rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en el RDLCSE y la LCSP, siendo susceptibles de reclamación y/o recurso especial en materia de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

**Segundo.-** La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en tercer lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante de la reclamación.

**Tercero.-** La reclamación se plantea en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 24 de febrero de 2022 e interpuesta la reclamación el 15

de marzo de 2022 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 121 del RDLCSE.

**Cuarto.-** La reclamación se interpuso contra la adjudicación en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 428.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 1 y 119 del RDLCSE.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, se reduce a determinar si la aplicación de las fórmulas que califican los criterios de adjudicación 2 y 3, han sido correctamente aplicadas.

El reclamante pretende que dichas fórmulas, que han sido transcritas en los fundamentos de hecho de esta resolución se apliquen a la totalidad de la oferta tanto en maniobras año como en amperios año ofertadas.

De esta forma si se aplica la formula como antes se ha indicado su oferta pasaría de obtener en estos dos criterios 0 puntos a obtener en el criterio 2 una puntuación de 0,22 puntos y en el criterio 3 de 8,33 puntos los que sumados a la obtenida por el criterio 1, precio y considerando que su oferta es la más ventajosa económicamente arroja un total de 88,55 puntos frente a los 86,60 obtenidos por la oferta de la adjudicataria.

Para justificar esta pretensión ofrece el desarrollo matemático de las fórmulas que contempla el PCAP en su anexo I apartado J:

- *“En el criterio 2: Puntuación =  $(10 \times 2.200) / 100.000$ ; es decir: 0,22 puntos.*
- *En el criterio 3: Puntuación =  $(10 \times 500) / 600$ ; es decir: 8,33 puntos.*

*El resultado total para SCHUNK aplicando correctamente la fórmula y sin otorgar cero puntos a su oferta en lo referente a los criterios 2 y 3 (porque en ningún momento se dice que tenga que ser así) tendría que ser:*

- *Criterio 1: 80 puntos.*
- *Criterio 2: 0,22 puntos.*

- *Criterio 3: 8,33 puntos.*
- *TOTAL: 88,55 puntos”.*

Por su parte el órgano de contratación en su escrito a la reclamación interpuesta considera que la pretensión de la actora es inaceptable, toda vez que solicita la valoración de los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones.

Destaca que de acuerdo con lo dispuesto en la Condición 2 “Especificaciones” del Pliego de Condiciones Técnicas, se enumera, de forma expresa, como requisitos técnicos mínimos que debe reunir el suministro, la garantía de, al menos, 2.200 maniobras por año y 500 amperios continuos durante, al menos, una hora.

Invoca la redacción textual del apartado J del Anexo I del PCAP que ya se ha transcrito en esta Resolución y manifiesta que: *“De acuerdo con lo anterior, el otorgamiento de los puntos, como no puede ser de otra forma, se realiza respecto de aquellas ofertas que exceden de los valores técnicos mínimos exigidos en el Pliego de Condiciones Técnicas, y que son 2.200 maniobras/año y 500 amperios, o dicho de otra forma, por encima de esos mínimos, es decir, a partir de 2201 maniobras/año y 501 amperios se aplicará las formulas previstas en el Apartado J, del cuadro de características anteriormente reproducido, motivo por el cual en el informe de adjudicación se hizo constar lo siguiente:*

		Precio unitario	garantía maniobras	Amperios continuos
Schunk Ibérica, S.A.	A28732121	11.190,00	0	0
Stemmann Technik GmbH	DE117037279	13.670,00	0	0
<b>Iberdrola Clientes, SAU</b>	A95758389	<b>13.450,00</b>	<b>97.800</b>	<b>100</b>
ETRALUX S.A.	A46066791	13.639,67	97.800	100

Donde:

- SCHUNK IBÉRICA, S.A. oferta: 0 maniobras adicionales y 0 amperios adicionales respecto del mínimo.
- STEMMANN TECHNIK GMBH (CIF DE117037279) oferta: 0 maniobras adicionales y 0 amperios adicionales respecto del mínimo.
- IBERDROLA CLIENTES, SAU (CIF A95758389) oferta: 97.800 maniobras adicionales (100.000 maniobras ofertadas - 2.200 maniobras mínimas) y 100 amperios adicionales respecto del mínimo (600 amperios ofertados - 500 amperios mínimos).
- ETRALUX S.A. (CIF A46066791) oferta: 97.800 maniobras adicionales (100.000 maniobras ofertadas - 2.200 maniobras mínimas) y 100 amperios adicionales respecto del mínimo (600 amperios ofertados - 500 amperios mínimos).

*La literalidad de la cláusula es clara, al decir, se otorgarán 10 puntos a la oferta que garantice el mayor número (de maniobras/año ó amperios) a las reflejadas en el Anexo XI del presente pliego, y que fija en 2.200 maniobras/año ó 500 amperios, puntuándose el resto de las ofertas, por debajo del máximo ofertado (100.000 maniobras y 600 amperios; y por encima del mínimo (2.200 maniobras y 500 amperios), por aplicación de una fórmula matemática.*

*Cualquier otra solución que pase por la puntuación de los mínimos exigidos supondría privilegiar a aquellos licitadores que no han ofrecido ningún valor añadido a su oferta, respecto de aquellos otros licitadores que han hecho el esfuerzo de mejorar los mínimos exigidos.*

*Así, por ejemplo, citamos la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 242/2018 de 16 marzo de 2018, que viene a decir (el subrayado es nuestro):*

*No obstante, esta solución debe ser criticada, toda vez que **si los pliegos establecen unas prescripciones técnicas mínimas su cumplimiento no debe constituir un criterio de adjudicación**, sino un requisito para admitir la propuesta, siendo el incremento de la propuesta que supone el mínimo un eventual criterio de valoración, pero no así el cumplimiento de los requisitos mínimos.*

***En consecuencia, la propuesta de la recurrente debería haber obtenido una mejor puntuación frente a la oferta de la adjudicataria en este subcriterio, que por haberse limitado a cubrir el requisito mínimo no debería haber recibido ningún punto”.***

Vistas las posturas de las partes este Tribunal considera que la calificación de las ofertas efectuada por la mesa de contratación es correcta y ajustada a derecho.

Es un principio básico, no solo de la contratación pública, que los requisitos mínimos no son puntuables como méritos, por su propia naturaleza y exigibles con carácter previo.

Numerosa doctrina y jurisprudencia avalan esta interpretación, valiendo por todas por su especial jerarquía la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 (Dimos Alexandroupolis); invocada por el órgano de contratación, que dice: *“Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa sino que están vinculados, en esencia a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”*.

No podemos dejar de resaltar la manifestación del órgano de contratación, sobre la intención de la reclamante de aumentar su oferta en garantía de maniobras y de amperios en el trámite de justificación de viabilidad de su oferta, lo que concluye de forma inexorable al conocimiento por parte de la reclamante de la obtención de cero puntos en ambos criterios de adjudicación y su intento por salvar esa situación.

Como es sabido, los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Por todo ello se desestima la reclamación interpuesta.

**Sexto.-** El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente o a instancia de parte se aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de esta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues esta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma

cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”*.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que en el presente caso se observa temeridad y mala fe en la interposición de la reclamación y en la consecuente dilatación del procedimiento de adjudicación, máxime cuando estamos ante un suministro financiado con fondos europeos del “*Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –NextGenerationEU-*”, la multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

**En su virtud**, previa deliberación, por mayoría de sus miembros, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 y el artículo 3.5 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 la reclamación interpuesta por la representación legal de Schunk Ibérica S.A. contra el acuerdo de adjudicación adoptado el 24 de febrero de 2022 por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A., del contrato de “*suministro, montaje y puesta en servicio de 170 pantógrafos invertidos*”, número de expediente 21/135/2.

**Segundo.-** Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP en cuantía de 1.000 euros.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

**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 108 de la LCSE.