

**Recurso 16/2015****Resolución 239/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 29 de junio de 2015

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Berja de Almería, de 22 de diciembre de 2014, por el que se adjudica el contrato de suministro denominado “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total de las instalaciones de alumbrado exterior y edificios municipales pertenecientes al Ayuntamiento de Berja”, (Expte C/04/14), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 10 de septiembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la plataforma de contratación del Ayuntamiento de Berja, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato arriba enunciado. Asimismo, el 1 de octubre de 2014, se publicó en el Boletín Oficial del Estado número 238.

El valor estimado de la contratación asciende a la cantidad de 5.265.840,12 euros .



**SEGUNDO.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

**TERCERO.** La mesa de contratación, tras la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y el examen de las ofertas presentadas, en sesión de 9 de diciembre de 2014 acordó elevar propuesta de adjudicación del contrato citado al órgano de contratación a favor de la entidad VIALTERRA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN, S.L. (en adelante VIALTERRA).

**CUARTO.** Posteriormente, dicha propuesta de adjudicación fue elevada a definitiva mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Berja, de 22 de diciembre de 2014, el cual fue publicado en la plataforma de contratación el 8 de enero de 2015 y notificado al licitador ahora recurrente el 9 de enero de 2015, no constando en el expediente enviado a este Tribunal la fecha de remisión.

**QUINTO.** El 16 de enero de 2015, tuvo entrada en el registro general del Ayuntamiento de Berja recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad mercantil CLECE, S.A. contra el acuerdo de adjudicación, de 22 de diciembre de 2014, del Pleno del Ayuntamiento de Berja. El 26 de enero de 2015, se recibió en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación remitiendo el recurso, el informe al mismo y el expediente.

La recurrente solicita en el recurso que, tras los trámites correspondientes, se acuerde la nulidad del concurso al existir causa legal para ello, al no haberse concretado en los pliegos los criterios a aplicar y al no haberse fijado reglas de



ponderación dando lugar a que la Administración haya incurrido en arbitrariedad, retrotrayendo las actuaciones al momento precedente.

Para el caso de que así no fuera, y previa exclusión de la empresa VIALTERRA, conforme a lo expresado en el cuerpo del recurso, solicita la nulidad de la resolución impugnada y una nueva valoración.

**SÉPTIMO.** Con fecha 5 de febrero de 2015, se dicta por este Tribunal resolución por la que se acuerda mantener la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente.

**SÉPTIMO.** Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 6 de febrero de 2015, se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado en el plazo concedido para ello.

**OCTAVO.** En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*



*En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”*

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

*“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).*

*2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”*

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta



de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Berja comunica que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano de la Administración Pública, siendo su



valor estimado de 5.265.840,12 euros, y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

En el supuesto examinado, el acuerdo impugnado se publicó en la plataforma de contratación el 8 de enero de 2015 y se notificó al licitador ahora recurrente el 9 de enero de 2015, no constando en el expediente enviado a este Tribunal la fecha de remisión. Al haberse presentado el recurso en el Registro del órgano de contratación el 16 de enero de 2015, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado, aún contando como *dies a quo* el día 8 de enero de 2015, día de publicación en la citada plataforma de contratación.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta, puestos de manifiesto en el antecedente de hecho quinto de esta resolución.

Antes de proceder al análisis de los motivos del recurso es necesario poner de manifiesto que el mismo se realizará conforme a lo solicitado por la recurrente en su *petitum*, aún cuando este no es el orden que sigue el cuerpo del recurso.

La recurrente alega que no se han concretado en los pliegos los criterios a aplicar y que no se han fijado las reglas de ponderación de los mismos dando lugar a que la Administración haya incurrido en arbitrariedad. Aunque en principio la recurrente alega inconcreción en los pliegos de los criterios de adjudicación en general, en el cuerpo del recurso se refiere únicamente a los evaluables mediante juicio de valor, y a ellos nos referiremos en el análisis del recurso.



Al respecto y antes de analizar los posibles incumplimientos alegados por la recurrente, es necesario poner de manifiesto que, conforme a reiterada jurisprudencia y como ya hemos manifestado en distintas resoluciones, entre las más recientes la 39/2015, de 10 de febrero, la 77/2015, de 24 de febrero y la 87/2015, de 3 de marzo, los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.

En consecuencia, teniendo en cuenta que los pliegos no han sido impugnados, la recurrente habrá de ajustarse a lo indicado en los mismos sobre el contenido de los criterios de adjudicación recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Sin embargo, esta jurisprudencia ha sido matizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en su sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, en sus apartados 52 a 58 señala:

*“52 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo establecido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 de garantizar la existencia de recursos frente a las infracciones de las disposiciones en materia de adjudicación de los contratos públicos sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos comienzan a correr únicamente a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones [véanse las sentencias Uniplex (UK), EU:C:2010:45, apartado 32, e Idrodinamica Spurgo Velox y otros, C-161/13, EU:C:2014:307, apartado 37].*

*53 Procede declarar que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que el hecho de que tales criterios sean incomprensibles o carezcan de claridad puede constituir una infracción de la Directiva 2004/18.*



54 *En el apartado 42 de la sentencia SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), el Tribunal de Justicia declaró que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma.*

55 *De ello se desprende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el licitador de que se trata era efectivamente incapaz de comprender los criterios de adjudicación en cuestión o si debería haberlos comprendido desde la posición estándar de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente.*

56 *En el marco de dicho examen, debe tenerse en cuenta el hecho de que el licitador de que se trata y los demás licitadores fueron capaces de presentar las ofertas y que el licitador de que se trata, antes de presentar su oferta, no solicitó aclaraciones al poder adjudicador.*

57 *Si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.*

58 *En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá*



*interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato.”*

En definitiva, la citada sentencia declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que un licitador, razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y los pliegos de condiciones, siempre que se den las condiciones expuestas, aun cuando no fueran impugnados en tiempo y forma y la recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente.

Procede, pues, en el presente supuesto analizar si la recurrente, que entiende este Tribunal que es un licitador razonablemente informado y normalmente diligente, de ahí el recurso presentado, pudo o no comprender los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor previstos en los pliegos hasta el momento en que el órgano de contratación, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión.

Al respecto, el PCAP establece en su cláusula 11.2, Sobre B: Documentación Técnica, lo siguiente:

*“Se compondrá de la documentación que seguidamente se especifica y que se agrupará en los siguientes bloques. Será donde se describirán en detalle los medios y la metodología, que el licitador propone por tal de dar cumplimiento a las exigencias del pliego de condiciones, y constara de:*

- 1. Relación numerada de la documentación incluida.*
- 2. Memoria descriptiva propuesta de Gestión Energética de la Prestación P1.*
- 3. Propuesta de programa de mantenimiento de las instalaciones de la Prestación P2.*



*4. Memoria Técnica de la Prestación P4 de Obras de Mejora y Renovación de las Instalaciones consumidoras de energía e Inversiones en ahorro energético.*

*5. Descripción de luminarias a proponer s/ anexo.”*

Por su parte en la cláusula 14 del citado PCAP, se recogen los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor. Al respecto la citada cláusula establece: *“La adjudicación será dictada atendiendo a los siguientes criterios y ponderación de éstos que a continuación se establecen:*

*La valoración de las ofertas se realizará de conformidad a la documentación presentada, y se regulará en base a una puntuación total de 100 puntos fundamentada en los aspectos siguientes:*

*A) Oferta Económica: 40 puntos.*

*(...)*

*B) Valoración Técnico-Económica de las Prestaciones: 60 puntos. Se valorará cada oferta atendiendo a los siguientes parámetros:*

*a) Informe técnico de las instalaciones existentes: (Hasta 15 puntos)*

*Se valorará la exactitud y precisión de los datos aportados, necesarios para la realización de los estudios y valoraciones de los puntos b, c y d que se describen a continuación. Todos estos datos se recogerán en el Anexo 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).*

*b) Plan de actuación prestación P4 (Hasta 20 puntos.):*

*Se recogerán las actuaciones que el adjudicatario tiene previsto acometer en las instalaciones, en coherencia con los datos que se exigen en el Pliego Técnico y sus Anexos, para que fomenten el ahorro y la eficiencia energética. Cada Plan de Actuación contendrá una memoria técnica, con el desglose de la inversión propuesta, un estudio energético con los ahorros previstos, estudio técnico-económico, plazos de ejecución y en su caso posibles condiciones para su ejecución.*

*c) Memoria técnica con el programa de mantenimiento: (Hasta 20 puntos):*

*Se recogerán en este apartado los recursos, tanto humanos como materiales, que el licitador va a utilizar en el desarrollo del contrato. Se deberán presentar los programas informáticos con los que se va a gestionar el Mantenimiento Preventivo y correctivo, así como el sistema de recogida de avisos y resolución de averías.*



*d) Declaración de establecer/disponer de Oficina y Almacén en la ciudad de Berja, para la ejecución de los trabajos durante la vigencia del contrato (5 puntos).*

*Se realizará un estudio comparativo entre las distintas ofertas, pudiendo el Ayuntamiento de BERJA no otorgar puntuación en alguno o todos los apartados, en función de la calidad técnica apreciada.*

*Para la valoración de las ofertas temerarias se aplicarán los criterios establecidos en el artículo 85 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.”*

En el presente supuesto sometido a examen, y como se puede comprobar, en cada uno de los cuatro criterios se contemplan los aspectos susceptibles de valoración, por lo que, a juicio de este Tribunal, la ahora recurrente pudo comprender los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor previstos en los pliegos por un total de 60 puntos sobre 100, sin necesidad de esperar a la evaluación de las ofertas por el órgano de contratación.

Así, en el primer criterio relativo al informe técnico de las instalaciones existentes, se contemplan como aspectos valorables la exactitud y precisión de los datos aportados necesarios para la realización de los estudios y valoraciones de los puntos b (plan de actuación prestación P4), c (memoria técnica con el programa de mantenimiento) y d (oficina y almacén en la ciudad de Berja para la ejecución de los trabajos durante la vigencia del contrato).

En el segundo criterio objeto de análisis, esto es el plan de actuación prestación P4, se contemplan como aspectos valorables las actuaciones que el adjudicatario tiene previsto acometer, que han de ser coherentes con los datos que se exigen en el PPT y han de estar encaminadas al fomento del ahorro y la eficiencia energética. Asimismo, el citado criterio exige que el plan de actuación contenga una memoria en la que se refleje el desglose de la inversión propuesta por el licitador, un estudio energético con los ahorros previstos, un estudio técnico-económico y los plazos de ejecución y, en su caso, posibles condiciones para su ejecución.



En el tercer criterio objeto de análisis, esto es la memoria técnica con el programa de mantenimiento, se contemplan como aspectos valorables los recurso humanos y los recursos materiales que el licitador va a poner a disposición de la ejecución del contrato y los programas informáticos con los que se va a gestionar por el adjudicatario el mantenimiento preventivo, el correctivo, el sistema de recogida de avisos y el de resolución de averías.

En el cuarto criterio objeto de análisis, esto es una declaración relativa a establecer o disponer de oficina y almacén en la ciudad de Berja para la ejecución de los trabajos durante la vigencia del contrato, se contempla como aspectos valorables el tener o comprometerse a tener la oficina y almacén mencionada.

Por último establece la citada cláusula 14 del PCAP que para la valoración de los cuatro criterios se realizará un estudio comparativo entre las distintas ofertas, pudiéndose no otorgar puntuación en alguno o todos los apartados, en función de la calidad técnica apreciada.

En consecuencia, los cuatro criterios que dependen de un juicio de valor analizados están suficientemente concretados en el PCAP, definiéndose los aspectos a tener en cuenta en la evaluación de los criterios, así como los puntos a asignar a cada uno de ellos (15, 20, 20, y 5 respectivamente). Entiende este Tribunal que un licitador, como la ahora recurrente, razonablemente informado y normalmente diligente, debería haber comprendido los criterios de adjudicación que ahora cuestiona pues fue capaz de presentar oferta y no solicitó aclaraciones al órgano de contratación o, al menos, a este Tribunal no le consta, pudiendo haber interpuesto un recurso contra los pliegos en el plazo previsto para ello si consideraba que algún criterio de adjudicación incurría en los vicios que ahora denuncia en el recurso contra la adjudicación.

**SEXTO.** En la segunda parte de la primera alegación la recurrente manifiesta que en los pliegos no se han fijado las reglas de ponderación de los criterios de adjudicación dando lugar a que la Administración haya incurrido en arbitrariedad.

Alega la recurrente que el desglose de la puntuación recogida en el acta de la mesa



de contratación no es el previsto en el PCAP. Manifiesta que la mesa de contratación no puede fijar la puntuación que otorga a cada subcriterio de un criterio de adjudicación con posterioridad a la apertura de plicas, ya que la atribución de unas determinadas puntuaciones a los subcriterios sin que los licitadores hayan podido saber previamente como van a ser puntuados cada uno de los mismos vulnera los principios de transparencia e igualdad que han de inspirar todo el procedimiento de contratación.

En cuanto la ponderación de los criterios, el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros-, admite que estando el criterio definido y ponderado en el pliego, puedan establecerse en el mismo subcriterios sin ponderar, como es el caso de los analizados en la presente resolución, permitiendo que sea a posteriori cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y la ponderación se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio. Así, señala la citada sentencia que *“el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.”*

Por tanto, el margen de discrecionalidad reconocido al órgano evaluador de las ofertas queda definido en atención a unos aspectos concretos sujetos a su valoración y a la puntuación prevista para cada criterio. Si el nivel de detalle en los criterios evaluables en función de un juicio de valor fuese excesivamente exhaustivo para así poder prever cuál será la puntuación de cada oferta, la



naturaleza del criterio quedaría claramente desvirtuada y el juicio técnico del órgano evaluador quedaría muy reducido, cercano a una aplicación automática.

Al respecto, manifiesta el órgano de contratación en su informe que no se ha valorado criterio alguno distinto de los previstos en el PCAP, con independencia de que la información se presenta en el informe técnico, a través del acta de la mesa de contratación, en distintos esquemas o presentaciones. Así en el primer criterio relativo al informe técnico de las instalaciones existentes, aparece valorado en el informe técnico los planos e instalaciones, inventarios (de alumbrado, iluminación en edificios y centros de mando) y geoposicionamiento (de puntos de luz y centros de mando); no son nuevos criterios que se tienen en cuenta, alega el órgano de contratación, sino una forma de analizar la información desglosándola de forma entendible y homogénea para todos los licitadores.

Respecto al segundo criterio relativo al plan de actuación prestación P4, alega el órgano de contratación que según la dicción del criterio cada licitador debe establecer en su oferta las actuaciones que el adjudicatario tiene previsto acometer en las instalaciones en coherencia con los datos que se exigen en el PPT, para que fomenten el ahorro y la eficiencia energética; cada plan de actuación contendrá un memoria técnica, con el desglose de la inversión propuesta, un estudio energético con los ahorros previstos, estudio técnico-económico, plazos de ejecución y en su caso posibles condiciones para su ejecución. Y lo que se desglosa bajo este punto en el informe técnico, alega el órgano de contratación, es precisamente una serie de parámetros relacionados todos con el ahorro y la eficiencia energética, teniendo en cuenta mejoras, ahorros, plazos, programas de trabajo, etc.

Respecto al tercer criterio relativo a la memoria técnica con el programa de mantenimiento, alega el órgano de contratación que el pliego dispone que los licitadores deberán recoger en este apartado los recursos, tanto humanos como materiales, que el licitador va a utilizar en el desarrollo del contrato. Se deberán presentar los programas informáticos con los que se va a gestionar el mantenimiento preventivo y correctivo, así como el sistema de recogida de avisos y resolución de averías. Y esos puntos, manifiesta el órgano de contratación, son los



que se valoran por parte del comité de expertos en su informe, aunque en el mismo se denomine planificación del mantenimiento.

Respecto al cuarto criterio relativo a la declaración de establecer o de disponer de oficina y almacén en la ciudad de Berja, para la ejecución de los trabajos durante la vigencia del contrato, manifiesta el órgano de contratación que nada se puede discutir con respecto a la oficina en el municipio pues solo se valora la declaración de disponer o de establecer la misma.

Concluye el órgano de contratación, criterio que comparte este Tribunal, que las tablas de valoración recogidas en el informe técnico de valoración de las ofertas conforme a criterios evaluables mediante juicio de valor, no vienen a trasgredir dichos criterios de adjudicación, sino que recogen con precisión y a modo de justificación extremos referidos a métodos, técnicas o instrumentos de valoración que no pueden devenir improcedentes o ilegales si con ellos el órgano técnico evaluador, siempre que no se modifiquen los criterios de adjudicación definidos en los pliegos, explica razonadamente y tras un método analítico adecuado la razón de ser de la valoración efectuada como es el presente caso.

En consecuencia, y en virtud de las consideraciones expuestas, entiende este Tribunal que la alegación de la recurrente de que no se han concretado en los pliegos los criterios a aplicar y que no se han fijado las reglas de ponderación de los mismos dando lugar a que la Administración haya incurrido en arbitrariedad, debe ser desestimada.

**SÉPTIMO.** Alega asimismo la recurrente que el comité de expertos ha cometido una serie de errores, en total cuatro, a la hora de realizar las puntuaciones.

1. En el apartado cuatro de la parte de inventario hay una errata, faltándoles a todos los licitadores un punto.

Al respecto el órgano de contratación en su informe manifiesta que ciertamente ha habido un error producido al cambiar la extensión del archivo \*.docx, en el que trabajó el comité de expertos a extensión \*.pdf, necesaria para la publicación del



mismo en la plataforma de contratación. En todo caso, manifiesta el órgano de contratación, la no aparición de esta puntuación parcial no afecta a la puntuación total, pues en ésta sí estaba sumada.

2. En el apartado cinco relativo al mantenimiento se dice que esta parte hará la planificación después y nos dan 0 puntos y al resto 5. En este punto lo que esta parte puso en la memoria es que se presentará la planificación en un mes para que la apruebe el Ayuntamiento, considerándolo como mejora ya que el pliego exige que se presente en los seis primeros meses (página ocho del PPT).

3. En el punto cuatro relativo al mantenimiento a esta parte se le otorga un punto menos por la misma razón que en el apartado cinco, esto es porque se hará en el primer mes.

Al respecto de los dos apartados anteriores, el órgano de contratación en su informe manifiesta que de conformidad con el apartado 6.1 del PPT la empresa ESE presentará un plan de mantenimiento preventivo y de las inspecciones de la instalación durante la fase de licitación del contrato y posteriormente durante el primer semestre el Ayuntamiento lo aprobará. Por lo tanto, concluye el órgano de contratación, lo que se ha puntuado es la entrega de dicha documentación en el plazo requerido.

4. A la oferta de la empresa ELSAMEX se le otorga la misma puntuación por comprometerse a tener un local que a los otros dos licitadores que sí disponen de un local.

Al respecto el órgano de contratación manifiesta que la redacción del criterio en el PCAP es clara y precisa, “declaración de establecer/disponer de oficina y almacén en la ciudad de Berja”. Sobre el particular la empresa ELSAMEX en su oferta presenta una declaración firmada en que se compromete a disponer de una oficina y almacén en la ciudad de Berja. Concluye el órgano de contratación que en este caso la puntuación es correcta y evidente, pues el criterio exige declaración de disponer o de establecer, como ocurre en el presente caso.



Con lo expresado por el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso, respecto a los supuestos errores uno y cuatro, quedan aclarados los mismos. En relación con los errores dos y tres alegados por la recurrente, es preciso traer a colación tanto el contenido del criterio discutido como la cláusula del PPT alegada por el órgano de contratación.

Así, tal y como se ha expuesto anteriormente, el criterio discutido queda redactado en el PCAP de la siguiente manera:

*“c) Memoria técnica con el programa de mantenimiento: (Hasta 20 puntos):*

*Se recogerán en este apartado los recursos, tanto humanos como materiales, que el licitador va a utilizar en el desarrollo del contrato. Se deberán presentar los programas informáticos con los que se va a gestionar el Mantenimiento Preventivo y correctivo, así como el sistema de recogida de avisos y resolución de averías.”*

Por otro lado, el apartado 6.1 del PPT alegado por el órgano de contratación recoge lo siguiente:

*“La ESE tendrá que presentar un plan de mantenimiento preventivo y de las inspecciones de la instalación con el correspondiente calendario de las instalaciones durante la fase de licitación del contrato. Durante el primer semestre, el ayuntamiento aprobará este plan de mantenimiento preventivo, previa inclusión de aquellas cuestiones, que, una vez consensuadas entre las partes, se crea conveniente.*

*En este plan de mantenimiento en inspecciones se detallarán los trabajos, periodicidad, planificación en cada sector del municipio y datos de inicio y final de los citados trabajos en cada sector.*

*La ESE emitirá informes periódicos en los que indicará el grado de avance del plan de mantenimiento preventivo, desglosado por tareas y zonas.”*

La ESE, en terminología del PPT, es la Empresa de Servicios Energéticos contratada, es decir, el adjudicatario del contrato.

Por tanto, la memoria técnica con el programa de mantenimiento prevista en el criterio de adjudicación es un documento que han de aportar los licitadores en el



momento de presentar su oferta en el sobre correspondiente, de tal suerte que la ausencia del total o de una parte de lo exigido en el mismo provocaría que no se valorara o se hiciera con menor puntuación, que es lo que ha ocurrido en el presente caso. Sin embargo, la obligación prevista en el citado apartado 6.1 del PPT es una obligación que ha de realizar el adjudicatario, de tal suerte que su no realización o su no aprobación por el Ayuntamiento provocaría la resolución del contrato.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, entiende este Tribunal que la alegación de la recurrente de que el comité de expertos ha cometido una serie de errores a la hora de realizar las puntuaciones, debe ser desestimada.

**OCTAVO.** Acto seguido y para el caso de que no se admitiesen sus alegaciones anteriores, la recurrente solicita la exclusión de la empresa VIALTERRA, actual adjudicataria, conforme a lo expresado en el cuerpo del recurso.

La recurrente alega que la empresa VIALTERRA debió de haber sido excluida por no acreditar la solvencia técnica exigida en el PCAP. Manifiesta la recurrente que de conformidad con lo expuesto en la página 11 del PCAP, la solvencia se deberá justificar mediante experiencia probada en contratos de Servicios Energéticos, por medio de certificados de clientes, en los que se acredite haber realizado en conjunto servicios con Gestión de Energía de al menos 1.000.000 Kwh.

Alega la recurrente que, a su juicio, el PCAP exige claramente que tienen que haberse realizado servicios de al menos 1.000.000 Kwh con Gestión de Energía, y además que sean en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, estando claramente definido cuál es el objeto del contrato en la cláusula 2 de dicho pliego. Entiende la recurrente que no bastaría la simple obra de instalación de puntos de luz, cualquier obra de optimización energética tal como mejora de aislamientos, etc., sino que además ha tenido que haber Gestión Energética: explotación, gestión del suministro eléctrico ... tal como se recoge en la Prestación P1.



Por su parte el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso manifiesta que la empresa VIALTERRA justifica su solvencia técnica mediante la presentación de un certificado emitido por la empresa SOLPRIGA, S.L., sobre la gestión de la optimización de la eficiencia energética de plantas fotovoltaicas realizada por VIALTERRA. Puesta en duda la solvencia de VIALTERRA por la ahora recurrente, aquélla presenta el contrato relacionado con el certificado que ya aportó en su oferta, que es objeto de análisis por parte del Capataz Municipal, el cual emite su parecer en informe de 3 de diciembre de 2014.

De acuerdo con el citado informe, sigue manifestando el órgano de contratación, VIALTERRA en el citado contrato hace funciones de una empresa de servicios energéticos y además lleva a cabo tareas de gestión energética tanto en el ámbito técnico como económico. Concluye el informe, según el órgano de contratación, que *“queda debidamente aclarado que las alegaciones aportadas por VIALTERRA suponen la realización por parte de dicha empresa de servicios de gestión energética conforme a lo requerido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de la prestación del servicio integral de iluminación exterior del municipio de Berja”*.

Alega el órgano de contratación que para la mesa queda aclarado que el certificado aportado por VIALTERRA para acreditar su solvencia se corresponde con lo requerido en el PCAP, es decir, que tiene una experiencia probada en contratos de Servicios Energéticos, por medio de certificados de clientes, en los que se acredite haber realizado en conjunto servicios con Gestión de Energía de al menos 1.000.000 Kwh. Y no se refiere, concluye el órgano de contratación, a la mera instalación de puntos de luz más eficientes, ni obras de optimización energética como indica la recurrente en su recurso.

Vistas la alegaciones de las partes procede analizar si, como alega el órgano de contratación, la empresa VIALTERRA acreditó la solvencia técnica exigida o si, por el contrario, como alega la recurrente, no la acreditó debiendo, por tanto, haber sido excluida de la licitación.



De la exigencias establecidas en el PCAP en su cláusula 10, apartado B, solvencia del empresario, solo nos referiremos a aquella que es objeto de controversia. Así el citado apartado B establece lo siguiente:

*“B) Solvencia del empresario.*

*(...)*

*1º Acreditación de la solvencia económica y financiera:*

*(...)*

*2º Acreditación de la solvencia técnica:*

*La solvencia técnica o profesional del empresario será apreciada teniendo en cuenta sus medios, conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, al momento de presentar su propuesta, pudiendo complementarla con cualquiera otra documentación que permita valorar la capacidad técnica del solicitante, por los medios siguientes:*

- Los licitadores deberán tener una experiencia probada en contratos de Servicios Energéticos, por medio de certificados de clientes, en los que se acredite haber realizado en conjunto servicios con Gestión de Energía de al menos 1.000.000 Kwh.*

*(...)”*

Por tanto, procede comprobar si se ha acreditado por parte de la empresa VIALTERRA la realización en conjunto de servicios con gestión de energía de, al menos, 1000000 Kwh. En el expediente al que ha tenido acceso este Tribunal consta contrato suscrito entre la citada empresa y SOLPRIGA, S.L. para la gestión diaria de la operación/mantenimiento y gestión energética de la central fotovoltaica Basauri 1 y 2. Según el citado contrato, la potencia total de dicha central es de 200 Kw y la duración del contrato, formalizado en septiembre de 2011, es de tres años. Teniendo en cuenta, la potencia de la central fotovoltaica y la duración del contrato en su conjunto, la energía producida en la misma en ese tiempo es muy superior a la exigida en el pliego, por lo que en cuanto a Kwh la empresa VIALTERRA acredita la solvencia técnica exigida.



En cuanto a que dicho contrato acredite servicios con gestión de energía, en el citado expediente de contratación, al que ha tenido acceso este Tribunal, consta informe firmado por A.F.T.G., Capataz municipal de obras y servicios del Ayuntamiento de Berja, en calidad de Arquitecto Técnico/Ingeniero de Edificación. Dicho informe aparece íntegramente transcrito en el acta de la mesa de contratación de fecha 4 de diciembre de 2014 publicada en el perfil de contratante del órgano de contratación, que concluye lo siguiente:

*“3. Análisis de las alegaciones de VIALTERRA.*

*El núcleo principal de las alegaciones de VIALTERRA consiste en un contrato de prestación de servicios energéticos con la empresa SOLPRIGA S.L. (SOLPRIGA en adelante). Dicho contrato se encuentra en posesión de la mesa de contratación por lo que no se detalla más a ese respecto.*

*Del análisis de dicho contrato, se desprende lo siguiente.*

*1.- Que la empresa VIALTERRA lleva a cabo las funciones de una empresa de servicios energéticos, ya que genera su negocio en el ahorro de los costes de producción de la energía generada en las instalaciones de la empresa SOLPRIGA. (Punto segundo: remuneración y forma de pago)*

*2.- Que la empresa VIALTERRA lleva a cabo las tareas de gestión energética, tanto en el ámbito técnico como económico, según se desprende de la descripción de los servicios prestados por VIALTERRA. (Punto primero: Descripción y alcance de los servicios prestados por el Proveedor).*

*4. Conclusión*

*De todo lo dicho anteriormente, según el criterio expuesto por el funcionario que suscribe, queda debidamente aclarado que las alegaciones aportadas por VIALTERRA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.L. suponen la realización por parte de dicha empresa de servicios de gestión energética conforme a lo requerido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de la prestación del servicio integral de iluminación exterior del municipio de Berja.”*

Según el citado informe técnico la empresa VIALTERRA acredita la realización de servicios de gestión energética conforme a lo que requiere el PCAP. En el presente supuesto estamos claramente ante una cuestión de carácter puramente técnico y



que entra dentro de las facultades discrecionales que tiene el órgano de contratación a la hora de determinar si algún licitador acredita o no la solvencia técnica exigida, en este caso, si los trabajos acreditados consisten en servicios de gestión energética.

Las pretensiones por parte de la recurrente de que se excluya a la empresa VIALTERRA por entender que los trabajos que acredita no se corresponden con servicios de gestión energética, suponen una valoración técnica alternativa a la del órgano de contratación a la hora de enjuiciar la acreditación de la solvencia técnica de los licitadores que se mueve, como ha señalado la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación.

Pues bien, la doctrina de la discrecionalidad técnica ya ha sido expuesta en profundidad por este Tribunal. Así en resoluciones anteriores, una de las más recientes la 186/2015, de 26 mayo, hemos aludido a la Sentencia del Tribunal Supremo 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que, a su vez, remite a la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que *“la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.”*

Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo



escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad, pero sin que puedan sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores.

Asimismo, este Tribunal ha invocado en numerosas resoluciones, por todas la citada 186/2015, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) que afirma lo siguiente: *<<la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)>>.*

En consecuencia, en base a todas las consideraciones anteriores, no existiendo, a juicio de este Tribunal, error manifiesto, arbitrariedad o falta de motivación en la actuación del la mesa de contratación, procede desestimar la pretensión de la recurrente de exclusión de la empresa VIALTERRA por no acreditar la solvencia técnica exigida.

**NOVENO.** Por último, denuncia la recurrente la infracción de los principios de igualdad de trato y de la correlativa obligación de transparencia, así como de los principios de eficacia, eficiencia y seguridad que rigen la contratación administrativa.



La recurrente vuelve a incidir en sus alegaciones anteriores relacionadas con la no concreción en los pliegos de los criterios a aplicar y en la no fijación en los mismos de reglas de ponderación, así como en los errores cometidos en la valoración de los criterios evaluables mediante un juicio de valor y en la no exclusión de la ahora adjudicataria, alegaciones que han sido desvirtuadas por este Tribunal en los fundamentos de derecho anteriores de esta resolución, por lo que no puede prosperar, asimismo, esta pretensión.

En consecuencia, en base a todas las consideraciones realizadas en la presente resolución, procede desestimar en su integridad las pretensiones alegadas por la recurrente.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Berja de Almería, de 22 de diciembre de 2014, por el que se adjudica el contrato de suministro denominado “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total de las instalaciones de alumbrado exterior y edificios municipales pertenecientes al Ayuntamiento de Berja”, (Expte C/04/14).

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 5 de febrero de 2015.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

