

Recurso 433/2018**Resolución 140/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 3 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L.** contra el acuerdo, de 15 de noviembre de 2018, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado «Servicio de consultoría y asistencia técnica para los trabajos de redacción de proyecto, suministro de luminarias y ejecución de obras para la mejora de la eficiencia energética del alumbrado exterior en el municipio de El Ejido, incluido en la estrategia de desarrollo urbano sostenible e integrado en El Ejido “Ejido sostenible 2020”, cofinanciada en un 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), en el marco del programa operativo pluriregional de España 2014-2020» (Expte. 2018 167), convocado por el Ayuntamiento de El Ejido (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 8 de junio de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2018/S 108-245695 el anuncio de licitación, por procedimiento



abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, fueron publicados en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, dicho anuncio el 14 de junio de 2018 y el día siguiente 15 de junio los pliegos que rigen la licitación.

El valor estimado del contrato asciende a 1.886.986 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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). Igualmente, se rige por el 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Mediante acuerdo, de 15 de noviembre de 2018, del órgano de contratación se adjudica el citado contrato a la entidad licitadora CITELUM IBÉRICA, S.A.. Dicho acuerdo de adjudicación le fue remitido a la unión temporal de empresas de la cual forma parte la entidad ahora recurrente el 21 de noviembre de 2018 y publicado en el perfil de contratante el 29 de marzo de 2019, constando en el expediente remitido el rechazo de la notificación por incomparecencia el 3 de diciembre de 2018.

CUARTO. El 11 de diciembre de 2018, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L. (en adelante ENERGÍA



ELÉCTRICA EFICIENTE), que había presentado oferta junto con otras dos empresas con el compromiso de constituir una unión temporal, contra el citado acuerdo de adjudicación.

QUINTO. Mediante comunicación de 12 de diciembre de 2018, la Secretaría de este Tribunal le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en este Tribunal el 19 de diciembre de 2018.

SEXTO. Con fecha, 8 de enero de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la entidad CITELUM IBÉRICA, S.A. (en adelante CITELUM).

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 1 del artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.



En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de El Ejido no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, resulta competente para su conocimiento 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 empresa que ha licitado con el compromiso de constituir con otras dos una unión temporal, de acuerdo con los artículos 48 de la LCSP y 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Este último precepto dispone que *«En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso»*.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato calificado por el pliego de cláusulas administrativas particulares como mixto de obras, suministro y servicios cuyo valor estimado asciende a 1.886.986 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1. a) y 2. c) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento».

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *«Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado».

En el supuesto analizado, el acuerdo de adjudicación le fue remitido a la unión temporal de empresas de la cual forma parte la entidad ahora recurrente el 21 de noviembre de 2018 y publicado en el perfil de contratante el 29 de marzo de 2019, siendo el “dies a quo” conforme al apartado 1 de la citada disposición adicional decimoquinta el de la recepción de la notificación, constando en el expediente remitido el rechazo de la misma por incomparecencia el 3 de diciembre de 2018, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso en el Registro electrónico de este Tribunal el 11 de diciembre de 2018, el mismo aun cuando se compute a partir de la remisión se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.



La recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo, de 15 de noviembre de 2018, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo, se acuerde la nulidad de la valoración de las ofertas efectuada por la mesa de contratación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor por no ser conforme a derecho, y se ordene su correcta valoración y en caso de no ser posible la nulidad del proceso.

En este sentido, en el cuerpo del recurso denuncia, por un lado, y con carácter de pretensión principal, a diferencia de lo efectuado en el suplico, que en la valoración de las ofertas conforme al criterio sujeto a un juicio de valor “memoria descriptiva y justificativa” se han utilizado subcriterios no previstos en los pliegos, y por otro lado, con carácter subsidiario, la incorrecta valoración de su proposición conforme al citado criterio y al denominado “anexo III justificación del sistema de telegestión propuesto”, asimismo, sujeto a un juicio de valor.

En todo caso, y a pesar de la dicotomía de las pretensiones en el recurso, se va a proceder a analizar en primer lugar aquella en la que se denuncia la utilización en la valoración de las ofertas de subcriterios no previstos en los pliegos, pues su eventual estimación supondría la anulación del procedimiento de licitación y, por tanto, la innecesariedad del examen de la pretensión de la incorrecta valoración de las proposiciones.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad licitadora CITELUM, como interesada en el procedimiento, se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.



SEXTO. Como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso se va a analizar la pretensión de la recurrente en la que denuncia que en la valoración de las ofertas conforme al criterio sujeto a un juicio de valor “memoria descriptiva y justificativa” se han utilizado subcriterios no previstos en los pliegos.

Pues bien, con carácter previo al análisis del primer alegato del recurso, por razones metodológicas y con objeto de centrar los términos de la controversia, procede reproducir a continuación aquellas partes del expediente de contratación necesarias para la resolución del recurso y a continuación analizar la actuación de la Administración contratante.

En este sentido, el criterio de adjudicación sujeto a un juicio de valor “memoria descriptiva y justificativa” se describe en los pliegos de forma dispersa y no excesivamente ortodoxa. Así en la cláusula 12 “criterios para la adjudicación del contrato” del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«Oferta Técnica (70 puntos). Repartidos entre los documentos que la componen, conforme a lo establecido en el artículo 69 del PPT. Contenido de la oferta técnica, según los criterios siguientes:

o Proyecto Básico (55 puntos). Se puntuará de forma independiente cada uno de los documentos que lo componen, siendo la puntuación del Proyecto Básico la suma de los documentos que lo componen de acuerdo con los criterios siguientes:

- Memoria Descriptiva y Justificativa (15 puntos). Se asignarán teniendo en cuenta la claridad y facilidad de comprensión de la oferta, siendo de especial consideración para la puntuación, que la oferta destaque los puntos más importantes de la misma, en especial los que difieran y/o mejoren las condiciones mínimas del Pliego en especial a los objetivos contractuales establecidos en el Artículo 30 del PPT. Este criterio tiene carácter subjetivo.».*

Dicho contenido del criterio “memoria descriptiva y justificativa” se repite literalmente en la cláusula 72 “criterios de valoración de las ofertas” del pliego de prescripciones técnicas (PPT), artículo en terminología de dicho pliego.



Por su parte la cláusula 11.2.B del citado PCAP “sobre 2 documentación técnica relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor”, respecto a dicho criterio “memoria descriptiva y justificativa” establece en lo que aquí interesa que *«En este documento se describirá la solución adoptada indicando los factores económicos, sociales, administrativos y estéticos tenidos en cuenta en la misma. Se justificará la solución en sus aspectos técnicos, funcionales y económicos, especialmente los que se refieren al ahorro energético y a la protección de la calidad del cielo nocturno, así como las características de todas las unidades de obra proyectadas. Se indicarán los antecedentes y situaciones previas de las obras, métodos de cálculo y ensayos previos y los propuestos durante el desarrollo de las obras, así como toda la documentación necesaria para la autorización de las instalaciones por el organismo autonómico competente.»*.

Asimismo, dicho contenido de la cláusula 11.2.B del PCAP se repite literalmente en la cláusula 28 “documentos del proyecto técnico” del PPT y con ciertas variaciones en la cláusula 70 “contenido de la oferta técnica” de dicho pliego técnico que dispone que *«En este documento se describirá la solución adoptada indicando los factores económicos, sociales, administrativos y estéticos tenidos en cuenta en la misma. Se justificará la solución en sus aspectos técnicos, funcionales, de armonización de las luminarias propuestas con el conjunto soporte y entorno urbano y económicos, especialmente los que se refieren al ahorro energético y a la protección de la calidad del cielo nocturno, así como las características de todas las unidades de obra proyectadas. Se indicarán los antecedentes y situaciones previas de las obras, métodos de cálculo y ensayos previos y los propuestos durante el desarrollo de las obras, así como toda la documentación necesaria para la autorización de las instalaciones por el organismo autonómico competente.»*.

Por último, en el informe técnico, de 14 de diciembre de 2018, de valoración de las ofertas respecto del citado criterio de adjudicación “memoria descriptiva y justificativa”, se recoge lo siguiente: *«Los criterios utilizados para la puntuación han sido los siguientes:*

Memoria descriptiva y justificativa, 15 puntos.



- *Solución en aspectos técnicos y funcionales (6 puntos): Justificación de las actuaciones a realizar por cuadros, calles, etc. Deberá incluir las actuaciones a realizar en lo que concierne a la obra civil.*
- *Armonización luminarias conjunto soporte (1 punto): Luminarias: el empleo de retrofit en la playa mayor. Uso de polímeros técnicos avanzados en paseo marítimo. Columnas: empleo de nuevas columnas PRFV.*
- *Protección de la calidad del cielo nocturno (4 puntos): Debido a la cercanía con el parque Nacional Punta Entinas y al estar en área de influencia del observatorio de Calar Alto y Sierra Nevada, se le da especial atención a este punto, valorando estudios de contaminación ambiental.*
- *Antecedentes y situaciones previas de las obras (2 puntos): Indicar el estado inicial de la instalación, se valorará nivel de detalle y aportación de fotografías.*
- *Mejoren condiciones mín. del pliego (2 puntos): Se valorará cualquier mejora que se realicen al pliego.».*

Sin embargo, la recurrente en su recurso denuncia dicha valoración afirmando que se han utilizado subcriterios no previstos en los pliegos. Afirma que el criterio de adjudicación “memoria descriptiva y justificativa” al que se le asignan 15 puntos, debe valorarse conforme a los pliegos teniendo en cuenta la claridad y facilidad de comprensión de la oferta, debiendo resaltar de forma resumida, los apartados de la misma más importantes y en especial los que difieran y/o mejoren las condiciones mínimas del pliego. Se deduce, pues, de lo anterior según su entender que no existen subapartados o subcriterios de valoración, y lo que resulta aun peor que no existen asignación de valores a esos subcriterios.

A su juicio, por tanto, el informe técnico de valoración asumido por la mesa de contratación y por el Ayuntamiento contiene criterios o subcriterios de valoración distintos a los recogidos en el PCAP, con vulneración de los principios de igualdad, objetividad y transparencia en los que se asienta la contratación pública.

En este sentido, reproduce el informe técnico en lo relativo al criterio objeto de controversia -ya expuesto anteriormente- indicando que el mismo establece tres subcriterios de valoración -los cuales no menciona-. Así las cosas, afirma que no es



que el informe técnico atribuya pesos específicos a criterios secundarios de un criterio de adjudicación previamente establecido en el pliego, sino que fija *ex novo* dos subcriterios de valoración no contemplados en el pliego -que tampoco menciona- y, hasta entonces, desconocidos para las entidades licitadoras.

Concluye, en base a lo anterior, que en el presente supuesto no se cumplen los requisitos que enumera, a estos efectos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2005, asunto TI EAC Srl Viaggi di Maio Snc, pues el informe técnico de valoración modifica el criterio sujeto a juicio de valor recogido en el PCAP, en la medida en que introduce y valora, sorpresivamente, criterios de adjudicación no previsto en dicho pliego, contiene elementos que, de haber sido conocidos por las entidades licitadoras al tiempo de haber preparado sus ofertas, habrían podido influir en su contenido y, por último, es indudable que la valoración de los subcriterios en dicho informe técnico produce un efecto discriminatorio en perjuicio de algunas empresas.

A su juicio, la consecuencia derivada de las circunstancias anteriores es la nulidad de pleno derecho de la adjudicación y del procedimiento de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que los criterios empleados para asignar los 15 puntos están contenidos todos ellos en el PPT, por un lado en su cláusula 70, los relativos a los aspectos técnicos y funcionales, a la armonización de las luminarias propuestas con el conjunto soporte, a la protección de la calidad del cielo nocturno y a los antecedentes y situaciones previas de las obras; y por otro lado en su cláusula 72, el relativo a la mejora de las condiciones mínimas del pliego.

Así las cosas, concluye el informe al recurso que de lo argumentado puede deducirse que los criterios se encuentran incluidos en el pliego, por lo que la afirmación de la recurrente carece de fundamento.



Por último, la entidad licitadora CITELUM, como se ha expuesto en sus alegaciones, se opone al recurso indicando que se suma enteramente a los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en el informe técnico, de 14 de diciembre de 2018, de valoración de las ofertas conforme a los criterios sujetos a un juicio de valor. En este sentido, señala que dicho informe se ha limitado, en un afán quizás excesivo de transparencia, a explicar detallada y cuantificadamente las razones del porqué de la puntuación de cada una de las proposiciones. Al respecto, afirma que más bien se trata de una argumentación interna de la valoración subjetiva expresada numéricamente.

Pues bien, para el análisis de la controversia este Tribunal ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, 200/2017, de 6 de octubre y 333/2018, de 27 de noviembre, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos.

En este sentido, la recurrente en su alegato solo tiene en cuenta el contenido del criterio descrito en la cláusula 12 “criterios para la adjudicación del contrato” del PCAP -también en la cláusula 72 del PPT-, pero no el previsto en la cláusula 11.2.B “sobre 2 documentación técnica relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor” del citado pliego -también en la cláusula 28 del PPT-, ni el establecido en la cláusula 70 del PPT, alegato que no puede ser compartido por este Tribunal.

En efecto, como se ha expuesto, de manera no excesivamente ortodoxa, los distintos aspectos a valorar del criterio de adjudicación “memoria descriptiva y justificativa” están descritos no solo en la cláusula relativa a los criterios de adjudicación sino también en la prevista para el contenido del sobre de la documentación técnica relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor y en la cláusula



70 del PPT. De tal suerte que habrá de estarse a las tres cláusulas para determinas los aspectos a valorar.

Al respecto, el PCAP dispone en su cláusula 12 que para la memoria descriptiva y justificativa *«Se asignarán teniendo en cuenta la claridad y facilidad de comprensión de la oferta, siendo de especial consideración para la puntuación, que la oferta destaque los puntos más importantes de la misma, en especial los que difieran y/o mejoren las condiciones mínimas del Pliego en especial a los objetivos contractuales establecidos en el Artículo 30 del PPT»* y en su cláusula 11.2.B que *«En este documento se describirá la solución adoptada indicando los factores económicos, sociales, administrativos y estéticos tenidos en cuenta en la misma. Se justificará la solución en sus aspectos técnicos, funcionales y económicos, especialmente los que se refieren al ahorro energético y a la protección de la calidad del cielo nocturno, así como las características de todas las unidades de obra proyectadas. Se indicarán los antecedentes y situaciones previas de las obras, métodos de cálculo y ensayos previos y los propuestos durante el desarrollo de las obras, así como toda la documentación necesaria para la autorización de las instalaciones por el organismo autonómico competente»*. Asimismo, la cláusula 70 del PPT, con ciertas variaciones a ésta última, indica que *«En este documento se describirá la solución adoptada indicando los factores económicos, sociales, administrativos y estéticos tenidos en cuenta en la misma. Se justificará la solución en sus aspectos técnicos, funcionales, de armonización de las luminarias propuestas con el conjunto soporte y entorno urbano y económicos, especialmente los que se refieren al ahorro energético y a la protección de la calidad del cielo nocturno, así como las características de todas las unidades de obra proyectadas. Se indicarán los antecedentes y situaciones previas de las obras, métodos de cálculo y ensayos previos y los propuestos durante el desarrollo de las obras, así como toda la documentación necesaria para la autorización de las instalaciones por el organismo autonómico competente.»*.

En este sentido, las partes que se han subrayado en el contenido de las tres cláusulas son los aspectos que han sido objeto de valoración en el citado informe técnico, de 14 de diciembre de 2018, por lo que ha de concluirse que en la valoración del criterio de adjudicación “memoria descriptiva y justificativa” no se han utilizado subcriterios o aspectos no previstos en los pliegos.



Ha de analizarse seguidamente el alegato de la recurrente en el que manifiesta que en la valoración efectuada del criterio “memoria descriptiva y justificativa” no se cumplen los requisitos que enumera, a estos efectos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2005, asunto TI EAC Srl Viaggi di Maio Snc.

Pues bien, al hilo de lo anterior y en relación con la ponderación de los subcriterios que no estaba inicialmente prevista en los pliegos, como alega la recurrente, existe una consolidada doctrina por parte de este Tribunal, con sustento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el sentido de que ello solo es admisible cuando se den las circunstancias señaladas por dicho Tribunal de Justicia, plasmada entre otras en las Resoluciones 125/2015, de 15 de abril, 186/2015 y 187/2015, ambas de 26 de mayo, 133/2017, de 27 de junio, 240/2017 de 13 de noviembre y 278/2017, de 22 de diciembre, que citan la Sentencia de 24 de noviembre de 2005 del citado Tribunal de Justicia en el asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros, la cual señala 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 consiguiente, el Tribunal de Justicia en dicha sentencia admite que, estando el criterio de adjudicación definido y ponderado en el pliego, puedan establecerse subcriterios sin ponderar, permitiendo que sea a posteriori -en la fase de valoración-



cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio.

En el supuesto examinado, como se ha analizado anteriormente, los subcriterios están previamente definidos en el pliego, se han realizado dentro del margen de puntuación del criterio, no se ha modificado el criterio de adjudicación definido en los pliegos y no se ha acreditado por parte de la recurrente en qué medida dicha ponderación efectuada en el informe técnico contiene elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación o que haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguna de las entidades licitadoras.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el presente alegato de la recurrente.

SÉPTIMO. En el segundo motivo del recurso, la recurrente denuncia la incorrecta valoración de su proposición conforme al citado criterio evaluable mediante un juicio de valor “memoria descriptiva y justificativa”.

En este sentido, como se ha expuesto anteriormente, el informe técnico, de 14 de diciembre de 2018, de valoración de las ofertas con respecto al criterio “memoria descriptiva y justificativa” establece cinco aspectos a valorar; de ellos la recurrente denuncia la valoración incorrecta de su proposición en tres de los mismos, a saber: solución en aspectos técnicos y funcionales, armonización de las luminarias propuestas con el conjunto soporte y mejoras a las condiciones mínimas del pliego.

Al respecto, en síntesis, la recurrente manifiesta que se ha cometido un error en la valoración de su oferta, respecto a dichos aspectos, entendiéndose que la misma debería haber obtenido la máxima puntuación.



Pues bien, las alegaciones por parte de ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE de que el órgano o la mesa de contratación, a través del comité técnico de evaluación, han realizado una errónea valoración con arreglo a determinado criterio evaluable mediante juicio de valor, suponen una evaluación paralela y alternativa a la efectuada por el órgano técnico evaluador a la hora de enjuiciar la oferta de las entidades licitadoras 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 (v.g. Resoluciones de este Tribunal 273/2016, de 4 de noviembre, 186/2017, de 26 de septiembre, 236/2018, de 8 de agosto, y 25/2019, de 31 de enero, entre otras muchas).

Al respecto, el artículo 146 de la LCSP distingue entre criterios evaluables de forma automática mediante la mera aplicación de fórmulas y criterios cuya cuantificación dependen de un juicio de valor, prevaleciendo en estos últimos el juicio técnico de un órgano especializado emitido sobre la base de una previa descripción del criterio, la cual debiendo ser precisa, también ha de permitir un margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador.

En este sentido, los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que proceda asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.

En definitiva, la esencia de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes



de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar como se ha expuesto los límites de la discrecionalidad técnica.

En el supuesto examinado, este Tribunal no aprecia que se hayan superado los límites de la discrecionalidad técnica. En este sentido, no es posible considerar los errores alegados por la recurrente en la valoración efectuada de su oferta en los aspectos evaluables que cuestiona del criterio “memoria descriptiva y justificativa”.

1. Así, en lo relativo a la solución en aspectos técnicos y funcionales, la recurrente indica que de los seis puntos que supondría la valoración máxima ha recibido tres, diferencia que según manifiesta ha de deberse, conforme se recoge en el informe técnico, a que nada señala en su oferta respecto de la obra civil. En este sentido, realiza una comparación poniendo de manifiesto que hay empresas que en esencia indican lo mismo que ella en su oferta y se le asignan más puntos, o que indicando menos que ella en su oferta se les asigna la máxima puntuación.

Asimismo, afirma que la valoración de las actuaciones en lo que se refiere a la obra civil supone la inclusión de un criterio de evaluación nuevo que rebasa los límites de la discrecionalidad técnica.

Por su parte, el informe al recurso indica que como ocurre en todas las licitaciones la asignación de puntos entre las distintas ofertas se realiza mediante comparación entre el contenido de las mismas, asignando la puntuación más elevada a la oferta más completa o que cumpla con la totalidad de las condiciones evaluables.

En cuanto a la valoración de las actuaciones relativas a la obra civil, el informe al recurso señala que ello se justifica en el PPT en las cláusulas 11 y 70; en esta última se expresa la necesidad de justificar en la memoria descriptiva y justificativa las características de todas las unidades de obra proyectada.



Pues bien, como se expuso en el fundamento anterior, conforme a la cláusula 11.2.B del PCAP -de documentación técnica relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor-, y a las cláusulas 28 y 70 del PPT -relativas a los documentos del proyecto básico y al contenido de la oferta-, en la memoria descriptiva y justificativa se justificará la solución en sus aspectos técnicos y funcionales así como, entre otras cuestiones, las características de todas las unidades de obra proyectadas, lo que implica que las actuaciones relativas a la obra civil entran dentro de los aspectos valorables previstos en los pliegos.

2. En cuanto al aspecto a valorar relativo a la armonización de las luminarias propuestas con el conjunto soporte, la recurrente indica que del punto que supondría la valoración máxima ha recibido medio, diferencia que según manifiesta se debe a que conforme al informe técnico no ha ofertado luminarias tipo retrofit en la plaza mayor; sin embargo, a su entender, debería de haber obtenido la máxima puntuación pues dicha apreciación es un error ya que en su proposición sí oferta ese tipo de luminarias en dicha plaza. En este sentido, señala que en su proposición sí ha considerado la aplicación del tipo retrofit en las 85 luminarias de la plaza mayor.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe al recurso indica que la recurrente en su oferta -página 38- señala lo siguiente: «*Modelo EVO: para sustituir las luminarias (Modelo Tronic) de la Plaza Mayor de El Ejido*», circunstancia que ha podido ser constatada por este Tribunal. En este sentido, afirma el órgano de contratación que en la oferta se deja claro que lo que se presupuesta en la plaza mayor es el modelo “evo” y no un retrofit como se solicitaba en el PPT.

En su alegato la recurrente sostiene que es cierto que en un momento de la memoria se comete un error de localización de las luminarias pero ello no quiere decir en absoluto que no se haya ofrecido el tipo retrofit de las luminarias de la plaza mayor, que es precisamente lo que se puntúa. Al respecto, el informe al recurso señala que lo que la recurrente pretende alegar no es un error de localización, sino justificar una ausencia de información de la ubicación de las luminarias, indicando en su oferta que



empleará 85 luminarias con retrofit pero no donde se ubicarán, circunstancia que asimismo ha podido ser constatada por este Tribunal.

3. Resta por analizar el tercer aspecto a valorar relativo a las mejoras a las condiciones mínimas del pliego, en el que la recurrente indica que de los dos puntos que supondría la valoración máxima ha recibido uno, diferencia que según manifiesta ha de deberse, conforme se recoge en el informe técnico, a que se asignaba un punto por mejora sin entrar a valorar ni su contenido ni su importancia en relación al objeto. En cualquier caso, entiende que conforme está redactado el aspecto a valorar solo es posible una única valoración, de tal forma que si se acepta la mejora se le debe asignar la máxima puntuación.

Por su parte, el informe al recurso señala que solo han sido objeto de valoración aquellas mejoras que han sido estimadas como necesarias para la mejoría del objeto del contrato.

Respecto a este alegato hemos de partir de lo previsto en la cláusula 12 “criterios para la adjudicación del contrato” del PCAP, que en lo que aquí interesa dispone que en especial serán objeto de valoración los puntos de la oferta que mejoren las condiciones mínimas del pliego. Sin embargo, aun cuando el pliego no describe qué mejoras serán objeto de valoración ni limita su alcance, lo que da un amplio margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador, dicho pliego como se ha expuesto no ha sido objeto de impugnado en su momento procesal oportuno, debiendo estarse a su contenido, el cual resulta ya inalterable.

Ese amplio margen de discrecionalidad permite al órgano evaluador aceptar aquellas mejoras que estime como necesarias para la mejoría del objeto del contrato, sin que dicha actuación pueda ser tachada ahora de error o arbitrariedad, cuando la recurrente aceptó y no impugnó los pliegos que avalan dicha actuación. Además, aunque el margen de discrecionalidad sea amplio, no es ilimitado puesto que la mejora debe versar sobre las condiciones mínimas descritas en el pliego.



Asimismo, no es posible aceptar el alegato de la recurrente en que señala que según el informe técnico, de 14 de diciembre de 2018, solo es posible una única valoración, de tal forma que si se acepta la mejora se le debe asignar la máxima puntuación, pues dicho informe técnico al disponer que se valorará cualquier mejora que se realice al pliego, en modo alguno está limitando su número.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el presente alegato de la recurrente en el que denuncia la incorrecta valoración de su oferta conforme al criterio evaluable mediante un juicio de valor “memoria descriptiva y justificativa”.

OCTAVO. En el tercero y último de los motivos del recurso, la recurrente denuncia la incorrecta valoración de su oferta conforme al criterio evaluable mediante un juicio de valor “anexo III justificación del sistema de telegestión propuesto”.

En este sentido, cuestiona cuatro de los aspectos que son objeto de valoración conforme al informe técnico, de 14 de diciembre de 2018, de valoración de las ofertas. Al respecto, afirma y argumenta que según su entender se le debería haber concedido la valoración máxima en los cuatro citados aspectos de valoración, esto es 7,50 puntos y no los 2 que le han sido asignados.

Al respecto, se debe partir de que en el presente supuesto la oferta presentada por entidad recurrente ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE quedó situada en la licitación en quinto lugar con un total de 80,15 puntos, por detrás de las puntuaciones obtenidas por las cuatro ofertas situadas anteriormente con los siguientes puntos: 88,20 la primera; 87,73 la segunda; 84,76 la tercera y 83,71 la cuarta.

Así las cosas, procede analizar si una eventual estimación del presente alegato del recurso, esto es, que se le asigne un total de 7,50 puntos en los cuatro aspectos de valoración que cuestiona y no los 2 que le han sido atribuidos, supondría que la entidad recurrente ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE pueda resultar adjudicataria.



En este sentido, aun estimando el alegato de la recurrente, lo que conllevaría a que su oferta obtuviese un total de 85,50 puntos, ello nunca le podría provocar un beneficio pues quedaría situada su oferta en tercer lugar quedando dos ofertas válidas por encima de la suya, no pudiendo nunca ser adjudicataria del presente contrato.

Al respecto, se ha manifiesta este Tribunal, entre otras muchas, en sus Resoluciones 98/2017, de 12 de mayo, 215/2018, de 6 de julio y 79/2019, de 21 de marzo, en las que se ponía de manifiesto que una hipotética estimación del recurso y consecuentemente la retroacción de las actuaciones en ningún caso alteraría el sentido que la adjudicación tiene para la recurrente, pues no podría optar a alzarse con el contrato, ni, por tanto, se traduciría en la obtención de un beneficio o ventaja para ella, ya que el resultado de la licitación seguiría sin serle propicio.

En definitiva, la pérdida sobrevenida de interés legítimo, por cuanto la estimación de este motivo no permitiría que la recurrente ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE pudiera acceder a la adjudicación del presente contrato, conlleva que el mismo haya de ser desestimado.

En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 354/2015, de 17 de abril y 2/2016, de 12 de enero, y más recientemente en la 1054/2018, de 16 de noviembre, en la que ha declarado que *«Por consiguiente, el sentido de la adjudicación se mantiene invariable, lo que nos obliga a desestimar el recurso y a confirmar la resolución recurrida, de conformidad con el principio de economía procesal, que pugna contra cualquier retroacción de actuaciones de la que no se derivaría alteración del sentido del acto impugnado (cfr., en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 23 de febrero de 2012 –Roj STS 1137/2012- y 28 de abril de 1999 –Roj STS 2883/1999-»*.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas en la presente resolución, procede desestimar el recurso interpuesto.



NOVENO. Por último, la recurrente mediante otrosí digo manifiesta que conforme al artículo 44.7 de la LCSP el recurso será gratuito debiendo pues dejar de regir el devengo de tasa, solicitando de este Tribunal que admita el recurso sin pago de tasa.

Pues bien, al respecto, este Órgano quiere poner de manifiesto que desde su implantación mediante el citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, nunca ha creado tasa alguna a satisfacer por parte de las entidades recurrentes o reclamantes para la admisión de los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENERGÍA ELÉCTRICA EFICIENTE, S.L.** contra el acuerdo, de 15 de noviembre de 2018, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado «Servicio de consultoría y asistencia técnica para los trabajos de redacción de proyecto, suministro de luminarias y ejecución de obras para la mejora de la eficiencia energética del alumbrado exterior en el municipio de El Ejido, incluido en la estrategia de desarrollo urbano sostenible e integrado en El Ejido “Ejido sostenible 2020”, cofinanciada en un 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), en el marco del programa operativo pluriregional de España 2014-2020» (Expte. 2018 167), convocado por el Ayuntamiento de El Ejido (Almería).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.



TERCERO. 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 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

