

Recurso nº 226/2024
Resolución nº 244/2024

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 20 de junio de 2024, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de DNOTA Medio Ambiente S.L. (en adelante Dnota) contra la Resolución del Viceconsejero de Medio Ambiente, Agricultura y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, de fecha 7 de mayo de 2024 por la que se adjudica el contrato de servicios de “Mantenimiento, control de calidad del aire de la Comunidad de Madrid” número de expediente A/SER-030891/2023 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el día 3 de enero en el DOUE y el día 8 de enero en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 7.755.871,82 euros y su plazo de duración será de 36 meses.

A la presente licitación se han presentado 2 propuestas, entre las que se encuentra la del recurrente

Segundo.- Tras la tramitación del procedimiento de licitación y llegado el momento procesal de acreditar las condiciones de aptitud, solvencia y garantía, la mesa de contratación observa que tras subsanación, en relación al compromiso de adscribir a la ejecución del contrato un patrón de transferencia de ozono (O3) calibrado frente al patrón de transferencia nacional de O3 (Instituto de Salud Carlos III) o frente a patrón equivalente, no quedaba claro de la declaración responsable aportada por el propuesto adjudicatario que fuese a dedicar o adscribir al contrato el patrón de ozono TELEDYNE 703U número de serie 383. Por tanto, la Mesa de Contratación acordó requerir aclaración de la subsanación al propuesto adjudicatario para que presentara documentación complementaria respecto de la dedicación al contrato del patrón de ozono referenciado.

La Mesa de contratación se reunió el 10 de abril, antes de la finalización del plazo de la presentación de la aclaración, a la vista de que el propio propuesto adjudicatario presentó la documentación esa misma mañana, concluyendo que la declaración responsable que presentaba resultaba suficiente para estimar la misma como correcta en el cumplimiento del requisito de adscripción de medios materiales para el patrón de transferencia de ozono calibrado frente al patrón nacional de referencia o patrón equivalente.

Paralelamente el día 27 de febrero, la mercantil recurrente, presentó por Registro electrónico solicitud de vista del expediente. Previo estudio de la confidencialidad de la oferta, se le facilitó el acceso mediante notificación telemática el día 10 de abril.

El 22 de marzo, el mismo licitador que ahora recurre, presenta escrito a través del Registro electrónico sobre *“aspectos a considerar a la comunicación sobre subsanación de errores en la propuesta presentada por ENVIRA SOSTENIBLE,*

S.A". A estas nuevas alegaciones, se le dio la debida respuesta mediante escrito remitido por el sistema de notificaciones electrónicas el mismo día 22 de marzo.

Nuevamente, el 11 de abril, el licitador ahora recurrente presentó escrito a través de Registro electrónico, por el que solicitaba *"aclaraciones sobre la segunda subsanación de errores en la propuesta presentada por ENVIRA SOSTENIBLE, S.A"*.

A estas terceras alegaciones o comunicaciones, se le dio la debida respuesta mediante escrito remitido por el sistema de notificaciones electrónicas el día 12 de abril, recibido por el recurrente ese mismo día, pese a que en su escrito de interposición de recurso alega no haber tenido respuesta.

El 12 de abril, la recurrente presentó nuevo escrito a través de Registro electrónico por el que solicita un segundo acceso al expediente, esta vez, para consultar la documentación presentada por el propuesto adjudicatario.

A esta segunda solicitud de vista del expediente, se le concedió acceso también de forma parcial respetando los límites de confidencialidad y a cuyo efecto se emitió el pertinente informe de confidencialidad de fecha 7 de mayo. Del mismo modo que se procedió con la primera vista del expediente, una vez preparado y anonimizado, se concedió su acceso mediante notificación electrónica el día 8 de mayo.

Tercero.- El 27 de febrero de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Dnota en el que solicita la anulación de la adjudicación por considerar que la oferta de Envira Sostenible no cumple los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones.

El 31 de mayo de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En plazo Envira Sostenible S.A., presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido daremos cuenta en el fundamento quinto de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

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

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 7 de mayo de 2024, notificado al día siguiente e interpuesto el recurso, en este Tribunal del 27 de mayo de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso varios son los motivos en que se fundamenta a lo largo de un extenso escrito. Procederemos a su trato individualizado para mejor comprensión de la resolución.

5.1 Procedencia de excluir de la licitación a ENVIRA SOSTENIBLE S.A. por incumplimiento de las exigencias del pliego de cláusulas administrativas particulares relativas a la solvencia técnica.

a) En relación a la adscripción de medios materiales al contrato.

Considera el recurrente que la acreditación de la solvencia técnica debe efectuarse antes de la adjudicación del contrato y por supuesto antes de su formalización e inicio de ejecución. En este escenario considera que se han incumplido diversos requisitos sobre solvencia que como tales figuraban en el PCAP y que concretamente son:

a.1) Patrón de transferencia de ozono (O3) calibrado frente al patrón de transferencia nacional de O3 (Instituto Carlos III) o frente a patrón equivalente.

En este caso la mesa de contratación, como ya se ha expuesto en los fundamentos de hecho solicito la subsanación de la documentación aportada. Tras esta subsanación la mesa de contratación volvió a solicitar una nueva subsanación.

Considera que es criterio unánimemente admitido que no procede una subsanación de lo subsanado, por lo que esta segunda no debe de considerarse a fin de acreditación de la solvencia.

A este respecto el órgano de contratación se opone al considerar que lo que denomina segunda subsanación, es una aclaración a la oferta y a la subsanación de documentación. Insiste que estamos ante dos figuras distintas y que no pueden confundirse, aunque si pueden producirse en el mismo procedimiento e incluso en el mismo punto concreto a tratar.

Por su parte el adjudicatario considera al igual que el órgano de contratación que se ha producido, primero una subsanación y después una aclaración de la oferta al amparo de lo establecido en el artículo 95 de la LCSP.

Vistas las posiciones de las partes y comprobado el expediente administrativo que se ha trasladado a este Tribunal, solo nos queda dar la razón al órgano de contratación, pues en este punto se ha producido una inicial subsanación y posteriormente una petición de aclaración a la documentación relativa a este aspecto integrador de la solvencia técnica.

a.2) Patrones para la calibración de los sensores meteorológicos que cumplan los criterios establecidos en el PPTP.

...La empresa que ha resultado adjudicataria presentó al respecto dentro del plazo que le fue concedido los certificados de calibración de los patrones de meteorología puestos a disposición del contrato, como como resulta de la documentación aportada por ENVIRA al requerimiento de subsanación de la

Mesa aportado como documento 15. En concreto, están calibrados en las siguientes fechas:

- Útil de Verificación Dimensional, transportador de Ángulo. 9.6.2021*
- Transmisor de Temperatura y Humedad Relativa. 20.9.2021*
- Piranómetro. 12.9.2021*
- Anemómetro. 21.9.2021*
- Registrador de Presión. 16.9.2021*

Resulta, sin embargo, que el PPTP del contrato establece en su página 22 que las normativas ISO 17025 y WMO exigen la necesidad de una calibración anual para todos los equipos y patrones meteorológicos. El cuadro incluido en el pliego técnico especifica claramente esta periodicidad para los sensores meteorológicos de donde se deduce la necesidad de calibrar anualmente los patrones correspondientes (págs. 107 a 109 del PPTP).

Por consiguiente, los informes de calibración presentados no cumplen con lo exigido en los pliegos reguladores del contrato, por lo que no puede tenerse por acreditada la solvencia técnica al faltar un elemento tan imprescindible para la ejecución del contrato como disponer de los patrones meteorológicos debidamente calibrados...

Se opone el órgano de contratación a esta aseveración manifestando:

...respecto de los patrones para calibrar sensores meteorológicos, patrones de caudal, temperatura y presión, lo que discute la recurrente es que estos patrones debieron estar calibrados en el momento de presentación de la documentación del propuesto adjudicatario.

En contraposición de lo alegado por la recurrente, lo cierto es que el PCAP en ningún momento indica que la calibración de estos patrones deba estar vigente

en el momento de la propuesta de adjudicación, sino que hace una remisión al PPTP.

Del mismo modo, el PPTP tampoco se pronuncia en este sentido, simplemente se limita a detallar en qué consistirán los trabajos de mantenimiento, verificación y calibración.

De forma concreta se detallan en el Anexo IV del PPTP, las tareas de calibración y verificación para los sensores meteorológicos. Es decir, lo que se pretende es que la empresa adjudicataria cuente con un patrón para calibrar cada uno de los sensores meteorológicos que se encuentran en las estaciones de la red. La calibración de estos sensores se realizará con una periodicidad determinada (PPTP: ver página 105 para patrones de caudal; ver página 107 para la dirección del viento y humedad; ver página 108 para la lluvia, presión y temperatura; ver página 109 para velocidad del viento y radiación solar). Por tanto, la periodicidad (anual y trimestral) se refiere a las tareas de calibración y verificación respectivamente de los equipos meteorológicos de la Red y no concretamente a la de los patrones que se utilice para ello.

Los patrones (para sensores de temperatura, presión, humedad relativa, lluvia, radiación solar, velocidad y dirección del viento) deben disponer de un certificado de calibración emitido por un laboratorio acreditado por ENAC o por cualquier entidad de la European Accreditation reconocida por ésta (según norma UNE-EN ISO/IEC 17025). Según indica el PPTP “Todos los patrones y materiales de referencia utilizados deberán estar en periodo válido de estabilidad y de vigencia del certificado de calibración correspondiente”.

La empresa propuesta adjudicataria, ENVIRA SOSTENIBLE, S.A, presentó certificados de calibración por un laboratorio ENAC para cada uno de los patrones de verificación y calibración de los sensores meteorológicos y para los patrones de caudal, temperatura y presión, donde figura la fecha de emisión, identificación del equipo y el laboratorio en que se ha llevado a cabo, entre

otros datos. Además, presenta sendos compromisos de adscripción de medios materiales para la correcta ejecución del contrato, especificando, por un lado, que los patrones para la calibración de los sensores meteorológicos, y por otro, que los patrones de caudal, temperatura y presión, cumplirán los criterios establecidos en el PPTP. Por último, y a mayor abundamiento, presenta declaración por la que manifiesta el compromiso de que el conjunto de patrones de meteorología presentados serán sometidos a una nueva calibración ENAC al inicio del contrato.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Mesa de Contratación consideró suficientemente cumplido el requisito de esta adscripción de medios al haberse identificado los patrones, acreditado que han sido objeto de certificación, y al haberse comprometido a cumplir con lo dispuesto en el PPTP y a su calibración al inicio de la ejecución del contrato...

El adjudicatario en su escrito de alegaciones manifiesta que: “estas alegaciones formuladas de contrario carecen nuevamente del más mínimo fundamento y sentido, y ello por los siguientes motivos:

1. En su escrito, DNOTA equipara el concepto “Patrón Calibrado de Meteorología” con el de “Equipos instalados en campo para las medidas de variables meteorológicas”.

A este respecto, debemos señalar que el primero es un instrumento destinado a servir como referencia de calibraciones puntuales, mientras que el segundo es un instrumento que mide permanentemente los fenómenos meteorológicos en su ubicación.

Como se puede comprobar, se trata de dos instrumentos cuya función es esencialmente distinta, cumpliendo cada uno de ellos con una función única y

diferente por lo que la equiparación realizada por DNOTA responde única y exclusivamente a la intención de tratar de confundir al Tribunal.

2. *Además, DNOTA trata también de confundir al Tribunal, afirmando que, del cuadro técnico y de las normas ISO 17025 se deduce la necesidad de calibrar anualmente los patrones meteorológicos antes del inicio de la prestación del contrato, lo cual no es cierto, ya que la citada norma UNE-EN/ISO17025 únicamente establece que la calibración debe hacerse periódicamente, sin especificar el valor de dicho periodo (Documento nº 7. Norma UNE-EN/ISO 17025).*

3. *La norma WMO (World Meteorological Organisation), que DNOTA cita en su escrito, no está referenciada de forma explícita en los Pliegos, no resultando de aplicación al caso que nos ocupa. Igualmente, no establece un valor específico para los periodos de calibración.*

3. *En las páginas 22 y 23 del PPTP se establece, la necesidad que los patrones meteorológicos dispongan de un certificado emitido por un laboratorio acreditado ENAC, y que todos los patrones y materiales de referencia deban estar en un periodo válido de estabilidad y vigencia del certificado de calibración.*

Estos certificados fueron aportados por ENVIRA debiendo añadirse también que la norma UNE-EN ISO 17025 de aplicación en el contrato no establece el periodo de validez de la calibración del patrón por lo que, en consecuencia, todos los certificados aportados por mi representada son válidos”

A la vista de las manifestaciones de la recurrente, del órgano de contratación y de la adjudicataria debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta valoración del criterio.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, “cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración’.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que “la

discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados' tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa".

En el presente caso, la valoración del órgano de contratación coincide con el sentido de las manifestaciones y certificados de la empresa adjudicataria que se consideran suficientemente detalladas, En definitiva, no se aprecia por este Tribunal "arbitrariedad" en el juicio técnico, en la valoración realizada por lo que se desestima el motivo de recurso que nos ocupa.

a.3) Patrones de caudal, temperatura y presión

Manifiesta el recurrente: *"El calibrado presentado de los patrones que el adjudicatario adscribe al contrato se produjo entre 2018 y 2021 como resulta de la documentación aportada por ENVIRA al requerimiento de subsanación de la Mesa aportado como documento 16.*

Cuando, de acuerdo con la pág. 105 del PPTP, el período de calibración del patrón de caudal de la Rd era de un año (pág. 105 del PPTP), el de presión también es de un año (pág. 108 del PPTP) y el de temperatura también es de un año (pág. 109 del PPTP).

Por tanto, se reitera lo expuesto en el apartado precedente, en cuanto a pesar de haber sido ENVIRA requerida de subsanación, esta no se ha producido al haber aportado calibrados de más de tres años de antigüedad".

El órgano de contratación se opone uniendo su alegación con el punto anterior y manifestando: *“Abundar que la obligación de actualización de estos patrones es para la ejecución del contrato, pero que a la hora de adjudicar bastaría con que la calibración de los patrones estuviese en vigor, hecho que se cumple, pues no puede considerarse que los certificados de calibración aportados se encuentren caducados ya que en los mismos no se expresa un periodo de validez determinado, únicamente figura su fecha de expedición, atendiendo a los requisitos establecidos en la normativa a este respecto. Lo verdaderamente relevante es la acreditación de una calibración considerada como válida en el momento del uso de este u otro equipo similar Cuestión diferente es qué en el marco del sistema de gestión de calidad de la Red, durante la ejecución del contrato se exija la calibración anual, compromiso que aporta”*.

En parecidos términos se expresa el adjudicatario, distinguiendo entre las fechas de expedición de los certificados y la vigencia de estos, así como la calibración de los equipos en ejecución del contrato.

Este Tribunal no puede, sino que coincidir con el órgano de contratación, posición que se desprende de la propia lectura de los pliegos de condiciones y de los certificados aportados.

a.4) Dos Unidades Móviles que cumplan los criterios establecidos en el PPTP y Equipos de Repuesto según lo indicado en el PPTP.

El recurrente considera que según se establece en el PCAP la acreditación de aportar dos unidades móviles debería de acreditarse mediante factura de compra o bien factura proforma, mientras que la adjudicataria ha aportado una oferta por ambas unidades, lo que conlleva un claro incumplimiento de los pliegos de condiciones al no quedar totalmente asegurado la tenencia de estas unidades en el momento previo a la adjudicación.

Las mismas aseveraciones efectúa en cuanto a los equipos de repuesto.

Pone de manifiesto la diferencia entre factura, factura proforma y oferta.

El órgano de contratación considera que: *“En cuanto a la valoración de si una oferta es el mismo tipo de documento que una factura proforma, considera esta División de Contratación, la irrelevancia del debate. Huelga decir, que conforme al criterio antiformalista que rige como doctrina el procedimiento de licitación en la contratación pública, la valoración de la documentación presentada por los licitadores debe hacerse siempre en términos globales, conjuntos, y en la mejor consideración, de modo que, siempre que se entienda cumplido el requisito o se pueda deducir la voluntad del licitador de la documentación que presenta, es irrelevante entrar a valorar el tipo de documentación que es. Es decir, que bastará con que esta documentación sea suficiente y útil para lo que se pretende atendiendo a un sentido finalista.*

Expuesto lo anterior, y en atención a los argumentos esgrimidos por la recurrente, no podemos compartir su planteamiento ya que a todos los efectos prácticos que en este procedimiento de adjudicación interesan, una factura proforma y una oferta, en el presente caso debe considerarse como igual, es decir, un documento en el que se especifica una futura operación de compraventa. Por tanto, entrar a discutir si lo que presenta el propuesto adjudicatario es una factura proforma o una oferta, carece de trascendencia, máxime cuando de la presentación del resto de documentos se puede deducir amplia y sobradamente que estas unidades móviles están a disposición del propuesto adjudicatario y que cumple con los requisitos del pliego”.

A este respecto el adjudicatario manifiesta que *“la propia empresa americana ha manifestado el valor vinculante de dicho documento tal y como acredita con la comunicación, que se aporta junto a su traducción jurada como Documento nº 11. Declaración Teledyne, y en la que se afirma literalmente lo siguiente:*

A la luz de la fructífera y duradera colaboración entre nuestras empresas, la oferta 031224JB1 emitida para Envira Sostenible S.A. deberá considerarse con el mismo detalla y efecto legal vinculante que una Factura Proforma.

El presente documento constituye un contrato formal para el suministro y entrega de los equipos especificados garantizando la disponibilidad de los productos al precio y en los plazos estipulados según lo solicitado por Envira Sostenible S.A”.

Vistas las posiciones de las partes, es necesario destacar que los pliegos de condiciones pretenden que se acredite fehacientemente la posesión de las unidades móviles y resto de equipos exigidos. A este respecto hemos de indicar que una factura proforma, según estableció la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia de 25 de junio de 2015, *“es simplemente un documento que declara el compromiso del vendedor de proporcionar los bienes o servicios especificados al comprador a un precio determinado, señalando el precio unitario, cantidad de la mercancía, forma y condiciones de pago...”* , el mismo alcance tiene una oferta de venta, que verifica el compromiso de disponibilidad, siendo este el documento aportado por la adjudicataria, por lo que no podemos considerar que se haya incumplido los pliegos de condiciones en este aspecto.

5.2.- En relación a la adscripción de medios materiales al contrato.

Manifiesta el recurrente: *“El PCAP entre otros medios personales que se han de adscribir a la ejecución del contrato establece la necesidad de disponer de diversos Técnicos de mantenimiento, calibración y verificación de equipos con 3 años de experiencia en explotación de redes de control de calidad del aire que tengan la titulación de Técnico Superior de formación profesional (ciclo formativo de grado superior, FP segundo grado o equivalente) en electrónica.*

Pues bien, en el presente caso, tras el examen de la documentación contenida en la oferta presentada por ENVIRA SOSTENIBLE S.A. se observa que los medios

personales adscritos al contrato por la citada empresa no cumplen con las exigencias de los pliegos para realizar la citada tarea". En concreto no poseen la titulación en especialidad electrónica exigida por los pliegos.

A este motivo de recurso el órgano de contratación manifiesta: "En este sentido, del tenor del apartado 7 de la Cláusula 1ª del PCAP, se puede deducir que para el caso de los técnicos de mantenimiento, calibración y verificación de equipos, la titulación exigida es "Técnico superior de formación profesional (ciclo formativo de grado superior, FP segundo grado o equivalente) en electrónica". La recurrente alega que no se cumplen los requisitos de titulación requeridas por el propuesto adjudicatario porque no disponen de la "titulación en especialidad electrónica" exigida por los pliegos.

Hacer constar, que estas alegaciones no son nuevas para esta División de Contratación, dado que las mismas ya se planteaban en los escritos que la recurrente presentó por Registro electrónico, durante todo el proceso de licitación y adjudicación, y para las que se dieron la debida respuesta (documento nº 43). Por tanto, a fin de no caer en reiteraciones, nos remitimos a esta documentación para trasladar y fundamentar nuestro total desacuerdo en cuanto a las alegaciones que el licitador recurrente hacia a este respecto.

Se transcribe la mencionada respuesta: "La empresa DNOTA indica en su escrito que la titulación del técnico R.C.L no cumple con lo exigido en el pliego. Sin embargo, el Real Decreto 883/2011, de 24 de junio, por el que se establece el título de Técnico Superior en Sistemas de Telecomunicaciones e Informáticos y se fijan sus enseñanzas mínimas, señala que la familia profesional a la que pertenece esta formación profesional es la de electricidad y electrónica. Por tanto, no se aprecia incumplimiento en los requisitos de titulación ni desviación de las condiciones determinadas en el pliego".

Añade el órgano de contratación: el único modo de comprobar si una titulación cumple con lo previsto en el PCAP, es acudiendo a las fuentes oficiales, como es la página web oficial del Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes, donde se especifican las titulaciones clasificadas por familias profesionales. En este sentido, se señala que los ciclos formativos de grado superior forman parte de las enseñanzas de Formación Profesional del sistema educativo y corresponden al perfil profesional 3 definido por el INCUAL (Instituto Nacional de las Cualificaciones). En cuanto, a los ciclos formativos en electrónica, advertir que se encuentran englobados en la familia profesional “Electricidad y electrónica”. Dentro de esta familia profesional se encuentran las titulaciones de:

- Técnico Superior en Automatización y Robótica Industrial
- Técnico Superior en Electromedicina Clínica
- Técnico Superior en Mantenimiento Electrónico
- Técnico Superior en Sistemas Electrotécnicos y Automatizados
- Técnico Superior en Sistemas de Telecomunicaciones e Informáticos

Del mismo modo, respecto a las titulaciones aportadas que no se encuentran en esta clasificación por pertenecer a planes de estudios ya extinguidos, se comprobó la equivalencia en dicha página web oficial, con los títulos actuales.

El adjudicatario manifiesta que: “A este respecto, debemos poner de manifiesto que no existe ningún ciclo formativo de grado superior, FP de segundo grado o equivalente que se denomine literalmente Técnico Superior “en electrónica”, sino que existen diversos grados con diferentes nomenclaturas agrupados todos ellos en la familia profesional de electricidad y electrónica. Al no utilizar la referencia a un título concreto, debe entenderse que el PCAP se refiere a todas estas titulaciones que efectivamente capacitan para realizar las labores que se requieren en el contrato. Cualquier otra interpretación sería una restricción infundada de la concurrencia y una absurda limitación, puesto que cualquier técnico de esta familia cuenta con capacidad para los trabajos requeridos.

De este modo, resulta evidente que los pliegos se están refiriendo a que se debe adscribir a la ejecución del contrato a técnicos pertenecientes a esta familia profesional que tengan capacidades suficientes en lo relativo al mantenimiento de equipos informativos de telecomunicaciones y de explotación de redes de control de calidad del aire”.

Es necesario traer a colación el apartado 7 de la cláusula 1 del PCAP que establece las titulaciones que deberán poseer el personal adscrito al contrato y en lo que al momento nos incumbe concretamente al técnico de mantenimiento.

...Técnicos de mantenimiento, calibración y verificación de equipos: Técnico superior de formación profesional (ciclo formativo de grado superior, FP segundo grado o equivalente) en electrónica...

Podemos comprobar como el ciclo formativo de grado superior en electrónica ya no existe habiéndose integrado en la familia profesional de “Electricidad y electrónica”, tal y como este Tribunal ha comprobado a través de la página web del Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes.

Llegados a este punto, es imposible, salvo para graduados antiguos, que se aporte un grado superior de electricidad y electrónica, al no existir en este momento.

Este Tribunal no puede sino estar de acuerdo con la interpretación que la mesa de contratación ha efectuado sobre la suficiencia de las titulaciones que componen toda la familia, así como las correlaciones de los grados antiguos.

5.3 Las consecuencias del incumplimiento de los referidos requisitos de solvencia técnica por parte del declarado adjudicatario del contrato.

Considera el recurrente que al no haber acreditado Envira las condiciones de solvencia requeridas debe ser excluido del procedimiento de licitación.

El órgano de contratación no considera que la solvencia técnica requerida ni la adscripción de medios materiales y humanos no hayan sido acreditados, por lo que niega la exclusión del adjudicatario del procedimiento por estos motivos.

Tanto el adjudicatario como este Tribunal coinciden en la posición del órgano de contratación.

6.1.- La introducción de mejoras no previstas en los pliegos en la oferta presentada por ENVIRA SOSTENIBLE.

La recurrente sostiene que la oferta de Envira contiene mejoras, como prestaciones que no figuran en el PPTP como requisito mínimo exigible. Considera que la valoración de tales mejoras ha supuesto un trato desigual a su oferta ya que al no estar determinadas en los pliegos, se produce una alteración del principio mencionado. Solicita no se tengan en cuenta dichas mejoras.

El órgano de contratación manifiesta: *“La recurrente pone el foco en el exceso de la valoración de la oferta de ENVIRA SOSTENIBLE S.A para el criterio de adjudicación nº 2, por el que se exigía la presentación de una memoria descriptiva de la metodología de trabajo de conformidad con las prescripciones del PPTP.*

En este sentido, hay que recordar la duda planteada durante la licitación de este contrato y la respuesta publicada en el perfil de contratante para conocimiento de todos los licitadores y con carácter vinculante (artículo 138.3 LCSP), que a continuación se transcribe (el subrayado y la negrita es nuestra):

Pregunta: En el pliego de cláusulas administrativas particulares asociado al contrato mixto de servicios de Mantenimiento, Control de Calidad y Apoyo a la Gestión de la

Red de Calidad del Aire de la Comunidad de Madrid, expte. A/SER-030891/2023 (5-F/24) página 21, se establece una extensión máxima de 4 páginas (8 caras) para la memoria descriptiva de los trabajos, abarcando Actuaciones Generales, Trabajos de Mantenimiento, Verificación y Calibración de los equipos y apoyo a la Gestión de la Red y Trabajos de Garantía y Control de Calidad de los Trabajos. Considerando que en la página 13 Criterios relacionados con la Calidad Técnica –Criterios que dependen de un Juicio de Valor se cuantifica en 17 puntos la calidad de la oferta técnica presentada, dependiendo de su precisión, profundidad y desarrollo de la metodología de trabajo en relación al PPT, por favor confirmen que no es necesario repetir el contenido del PPT (apartados 4.1, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.4, 4.3.5) y se considerará como si se hubiese presentado el mismo grado de detalle que el PPTP con el uso de una referencia del tipo “Se cumplirá con todos los trabajos descritos en el apartado correspondiente del PPT” a partir de los cuales se añadirán detalles valorables que aporten precisión, profundidad y desarrollo.

Respuesta: Tal como se indica en el apartado 2 del PCAP, en el subapartado relativo a la descripción de las Actuaciones Generales, Trabajos de Mantenimiento, Verificación y Calibración de los equipos y apoyo a la Gestión de la Red y Trabajos de Garantía y Control de Calidad de los Trabajos, se valorará de cero (0) a diecisiete (17) puntos la definición de la metodología a seguir en los diferentes trabajos, asignándose valor cero (0) a las ofertas que presenten el mismo grado de detalle establecido en el PPTP y hasta diecisiete (17) puntos a las ofertas más detalladas. Por tanto, en este criterio sobre calidad técnica, se quiere valorar el mayor nivel de detalle que cada empresa puede aportar, desde su experiencia y conocimientos, en la descripción de la metodología que se empleará en estos trabajos, adicional a la información que ya figura en el PPTP y sin que sea necesario transcribir la misma.

Por otro lado, para entrar en el fondo del asunto, hay que entender que lo indicado en el pliego para la presentación de la memoria descriptiva con “precisión, profundidad y desarrollo de la metodología de trabajo en relación al contenido PPTP”

en ningún caso habilita a la presentación de mejoras, como pretende hacer valer la recurrente, en atención a la configuración que permite el artículo 145.7 de la LCSP.

Resulta necesario por tanto aclarar el sentido que la ley da a esa posibilidad de configuración como criterio de adjudicación, y es que, las mejoras, deben ser entendidas como prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y pliego de prescripciones técnicas que no pueden alterar la naturaleza de dichas prestaciones ni del objeto del contrato, debiendo estar perfectamente definidas en los documentos rectores de la licitación. En atención al caso que nos ocupa, en ningún momento se plantean los criterios de adjudicación susceptibles de juicio de valor como mejoras, no encontrando por tanto esta expresión, detalle de los requisitos, límites, modalidades y otras características que permitan identificarlas suficientemente como afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010”.

Los criterios de adjudicación o de valoración tal y como establece el art. 145.1 de la LCSP sirven para determinar la mejor oferta relación calidad precio.

Algunos de esos criterios precisarán de un juicio de valor para su calificación, como es el caso.

La repetición de los requisitos mínimos exigidos en un documento que va a ser calificado, conlleva inevitablemente a su puntuación a cero puntos, pues nada ofrece que pueda valorarse.

En el caso que nos ocupa, la oferta presentada por la recurrente ha obtenido puntuación, lógicamente, en aquellos criterios de adjudicación calificados mediante juicio de valor, por lo cual sus motivaciones en este aspecto carecen de fundamento.

Podríamos entrar a analizar la fiabilidad de la valoración efectuada por la mesa de contratación, pero en este caso nos debemos acoger al principio de discrecionalidad técnica que ya hemos analizado anteriormente.

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

5.6.- Diferencia de trato dado por la mesa de contratación a ambos licitadores.

El licitador considera que las facilidades dadas a la adjudicataria para subsanar y aclarar su oferta han sido excesivas, produciendo una desigualdad de trato entre ambas empresas.

El órgano de contratación niega cualquier trato de favor a la adjudicataria y recuerda la subsanación que ha gozado la recurrente, así como la contestación de varios escritos dirigidos a la mesa de contratación y el acceso por dos veces al expediente de contratación.

Este Tribunal no aprecia trato de favor alguno a ninguno de los dos licitadores.

Vistos los motivos y submotivos analizados, procede desestimar el recurso interpuesto en su integridad.

Sexto.- El órgano de contratación informa a este Tribunal que el recurrente es el actual contratista del servicio y que su modo de actuar durante toda la licitación solo ha tenido un objetivo último, retrasar la entrada en vigor del nuevo contrato, por lo que solicita la imposición de multa de conformidad con el art. 58 de la LCSP.

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

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

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

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado*

ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de tres mil euros, puesto que, si bien es cierto que el recurso se ha efectuado con el propósito de dilatar el procedimiento, lo que nos lleva a conceptuarlo como mala fe, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

Esta multa no tiene carácter sancionador, no siendo necesaria la tramitación de un expediente contradictorio, tal y como informa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia 11/22 de 22 de enero, recurso 290/2020, contra Resolución de este Tribunal Administrativo, en:

...Por último alega la actora la improcedencia de la sanción impuesta. Se nos dice que el TACPCM le impone una multa de 3.000 euros en virtud del art. 58.2 LCSP porque aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

La actora no admite ni temeridad ni mala fe en la interposición de recurso, y asimismo apunta a que el TCAP no ha respetado los principios básicos del procedimiento sancionador puesto que no ha incoado procedimiento sancionador alguno, no ha concedido trámite de audiencia a la imputada, imponiéndose directamente la sanción a mi representada sin que esta compañía haya podido defenderse.

Tales alegaciones se descartan, no estamos ante sanción alguna...

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de DNOTA Medio Ambiente S.L., contra la Resolución del Viceconsejero de Medio Ambiente, Agricultura y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, de fecha 7 de mayo de 2024 por la que se adjudica el contrato de servicios de “Mantenimiento, control de calidad del aire de la Comunidad de Madrid” número de expediente A/SER-030891/2023.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP en cuantía de 3.000 euros.

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

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante

el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2024.06.21 11:28