



Roj: **STSJ M 14184/2014 - ECLI: ES:TSJM:2014:14184**

Id Cendoj: **28079330032014100832**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/11/2014**

Nº de Recurso: **1190/2012**

Nº de Resolución: **682/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARGARITA ENCARNACION PAZOS PITA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### **Sección Tercera**

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009710

**NIG:** 28.079.00.3-2012/0011857

**Recurso nº 1190/2012**

**Ponente:** Dña. Margarita Pazos Pita

**Recurrente :** Schindler, S.A.

**Representante :** Procurador Dña. María Mercedes Martínez Del Campo

**Parte demandada:** Comunidad de Madrid

**Representante:** Letrado de la Comunidad de Madrid

**SENTENCIA NÚM. 682**

**ILTMO. SR. PRESIDENTE:**

Dña. Fátima Arana Azpitarte

**ILTMAS. SRAS. MAGISTRADAS:**

D. Rafael Estévez Pendás

Dña. Margarita Pazos Pita

-----  
En Madrid, a 27 de Noviembre de 2014.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 1190/2012 formulado por la Procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Martínez del Campo, en nombre y representación de Schindler, S.A., contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 26 de septiembre de 2012, desestimatoria del recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la Resolución de adjudicación del contrato "Servicio de mantenimiento de los ascensores del Hospital Universitario Gregorio Marañón". Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron, respectivamente, la anulación del acto objeto de impugnación y la desestimación del mismo, en los términos que figuran en aquéllos.

**SEGUNDO.-** Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 5 de noviembre de 2.014.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Margarita Pazos Pita.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la entidad Schindler, S.A. la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 26 de septiembre de 2012, desestimatoria del recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la Resolución de adjudicación del contrato "Servicio de mantenimiento de los ascensores del Hospital Universitario Gregorio Marañón".

**SEGUNDO.-** La parte actora aduce en su escrito de demanda que la adjudicataria del contrato, Thyssenkrupp Elevadores, S.L, debió ser excluida del concurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del RD 817/2009, de 8 de mayo, en la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) referente a la documentación a presentar en el sobre nº 2 "Documentación técnica" que señala textualmente "sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa al precio", y en la doctrina legal que declara que la decisión de la Administración no puede separarse de los criterios especificados en los Pliegos de Condiciones y que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Y a este respecto invoca el acuerdo 1/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón relativo, en esencia, a que la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la valoración en dos momentos temporales, es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependan de la aplicación de una fórmula, evitando que la valoración pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración.

De ello se deduce -continúa la actora- que si se admitieran documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la obligación de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico presentada por éstos, puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta, de modo que se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra la LCSP.

Por otra parte, se alega que el acuerdo de 15 de junio de 2012 incurre en desviación de poder en cuanto es evidente que "la poca concreción del apartado 9 del PCAP y del 8 del PPT" no era tal, ya que lo que el acuerdo denomina "algunas de las empresas licitantes", eran cuatro de las cinco empresas que se presentaron al concurso. Todas ellas, menos la adjudicataria, entendieron que "la documentación acreditativa del subcriterio 1.2 (Aportación sin coste para el hospital, de equipos susceptibles de sustitución con valoración), correspondiente al criterio objetivo de adjudicación ponderable mediante juicio de valor sobre "Calidad de los servicios ofertados" debían presentarlo en el sobre número 3 correspondiente a la proposición económica.

Sin embargo, y a pesar de que sólo una de las empresas licitadoras había interpretado erróneamente el PCAP, la Mesa de Contratación dispuso que: "... al objeto de garantizar lo previsto en el párrafo tercero del número 2 del artículo 150 del TRLCSP y lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 30 del Real Decreto 317/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público....la Mesa de Contratación acuerda conceder un plazo de tres días hábiles, a partir de la presente notificación, para que las empresas Schindler, S.A.; Fain Ascensores, S.A; Eulen S.A y Orona S. Coop, presenten, en sobre cerrado, una copia exacta e idéntica del documento que presentaron en su proposición económica (sobre número 3)...."

Pero -continúa la actora- lo que dispone el artículo 150.2 LCSP es que "los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo"



Si una de las empresas licitantes no respeta el PCAP, lo que el citado precepto establece no es una vía para que la Mesa de Contratación faculte al resto de las empresas licitantes para no respetar el PCAP, como parece dar a entender el punto segundo del acuerdo de 15 de junio de 2012.

Finalmente señala la actora que la mejora incluida en el sobre técnico no puede ser tomada en consideración para valorar la mejor oferta por lo que, en el caso de que no se optara por la exclusión de la oferta de la empresa adjudicataria, la mejora económica incluida en el sobre de la oferta técnica no puede ser valorada ni a efectos técnicos ni económicos.

Por su parte la Administración demanda se opone al recurso deducido de adversos remitiéndose sustancialmente a las argumentaciones consignadas en la Resolución impugnada.

**TERCERO.-** Para la resolución del recurso se ha de tener en cuenta en primer lugar que no se discute que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato de litis establece en el apartado 8 del Anexo I como criterios de adjudicación:

-El precio, valorable con hasta 70 puntos. La asignación de puntos se efectuará de forma proporcional a la oferta económica de los licitadores.

-La calidad de los servicios ofertados, valorable con hasta 20 puntos. A su vez la calidad de los servicios ofertados prevé los siguientes subcriterios:

1.1 Incremento del nº de horas de presencia física en el hospital.....2 puntos

1.2 Aportación sin coste para el hospital de equipos susceptibles de sustitución con valoración..... 18 puntos

-El tiempo máximo de respuesta, valorable con hasta 10 puntos.

Como acertadamente señala Resolución impugnada, la cuestión litigiosa se concreta en determinar si la inclusión de la valoración correspondiente al subcriterio de adjudicación "aportación sin coste para el hospital de equipos susceptibles de sustitución con valoración" comprendido en el criterio de adjudicación "calidad de los servicios ofertados", relativo a la documentación técnica, puede contaminar la valoración realizada en esta fase sobre la siguiente en la que se examina la "proposición económica" en los términos exigidos en la normativa de contratos del sector público y si resulta procedente la exclusión del licitador. Y lo cierto es que esta Sección comparte los razonamientos de la Resolución impugnada, que se han de considerar acertados, y que no resultan desvirtuados por las alegaciones vertidas por la actora en su escrito de demanda, en el que precisamente se limita a reproducir los términos del recuso especial deducido ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, sin desplegar, por lo tanto, alegación alguna tendente a combatir las concretas razones que, en respuesta a aquel recurso especial, se consignan detalladamente en la Resolución impugnada.

Así, se ha de tener en cuenta que, conforme al artículo 150.2 del TRLCAP: Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

*La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.*

Y, por su parte, el artículo 26 del Real Decreto 817/12009, de 8 de mayo, establece que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos".

Pues bien, respecto al criterio que nos ocupa se ha estimado que, contrariamente a lo que viene a apuntar la parte recurrente, el PCAP no determina con claridad si se trata de un criterio que depende de un juicio de valor



o de un criterio evaluable mediante fórmulas, y, por otra parte, en el apartado 9 del PCAP, correspondiente a la documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación, no se hace expresa referencia al sobre en que debe ser incluida la correspondiente a este subcriterio, aunque sí establece que el sobre 2 ha de contener la documentación técnica que sirva de base para la valoración de los criterios de adjudicación sin que mencione la necesidad de su inclusión en el sobre 3 como sí hace respecto de las mejoras.

Pues bien, en estas condiciones la Mesa de Contratación consideró que al no figurar fórmula matemática para la valoración del subcriterio, la misma se ha de realizar mediante un juicio de valor, requiriendo por lo tanto una valoración previa al conocimiento de los criterios valorables mediante fórmulas.

Tal proceder no puede sino estimarse correcto pues, efectivamente, un subcriterio de adjudicación cual es "Aportación sin coste para el hospital de equipos susceptibles de sustitución con valoración" comprendido en el criterio de adjudicación "calidad de los servicios ofertados" sin que se consigne en el PCAP fórmula matemática para la valoración, no se puede sino considerar como criterio que se ha de valorar mediante un juicio de valor. De lo que sigue que requiere una valoración previa al conocimiento de los criterios valorables mediante fórmulas y su inclusión en el sobre de documentación técnica.

Téngase en cuenta, por lo demás, que en modo alguno consta que el subcriterio que se examina pueda calificarse como mejora a los efectos del PCAP que nos ocupa, sin que, por otra parte, la recurrente haya desplegado argumentación alguna en relación con lo consignado a este respecto en la Resolución impugnada.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que en el acto de apertura de la documentación técnica, por la Mesa de Contratación se comprueba que las empresas licitadoras presentan, en lo que atañe al presente recurso, la siguiente documentación:

-La recurrente una relación denominada "aportación sin coste para el hospital de equipos susceptibles de sustitución sin valoración", indicando expresamente que la valoración se encuentra en el sobre nº 3 de la proposición económica.

- Thyssenkrupp Elevadores, S.L presenta una relación sobre aportación sin coste para el hospital de equipos susceptibles de sustitución con valoración.

-Las restantes empresas presentan un escrito en el que indican que la relación sobre "Aportación sin coste para el hospital de equipos susceptibles de sustitución con valoración" ha sido presentada en el sobre nº 3 de la proposición económica.

Pues bien, de acuerdo con el correcto criterio que ha quedado anteriormente expuesto, la Mesa de Contratación considera que Thyssenkrupp Elevadores, S.L. no debe ser excluida de la licitación, pues el documento "Aportación sin coste para el hospital de equipos susceptibles de sustitución con valoración" fue presentado en el sobre correcto y en el mismo se hace referencia a la valoración de tales equipos sin que se haga mención al importe de la proposición económica y no se descubrió el secreto de la oferta.

Y en coherencia con el criterio adoptado, la misma Mesa en la reunión de 15 de junio de 2012 acordó, en esencia, y al objeto de garantizar lo previsto en el párrafo tercero del número 2 del artículo 150 del TRLCSP y lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 30 del Real Decreto 317/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, conceder un plazo de tres días hábiles, a partir de la notificación, para que las empresas Schindler, S.A., Fain Ascensores, S.A., Eulen S.A y Orona S. Coop, presentasen, en sobre cerrado, una copia exacta e idéntica del documento que presentaron en su proposición económica (sobre número 3).

Tal acuerdo, en cuanto responde al correcto criterio que ha quedado expuesto, es ajustado a Derecho y precisamente coloca a todas las licitadoras en condiciones de igualdad en orden a la valoración del subcriterio que nos ocupa y su relación con los restantes criterios de adjudicación. Y todo ello sin olvidar que no se desvela el secreto de la oferta en la medida en que se ciñe a la valoración de los equipos, sin referencia a los documentos que conforman la oferta económica.

Por lo tanto el recurso no puede prosperar, pudiendo añadirse que el criterio sostenido por la Administración precisamente responde a las previsiones del artículo 26 del RD 817/2009, no infringiendo los acuerdos adoptados la cláusula 11 del PCAP pues en el sobre nº 2 no se incluye mención a la proposición económica.

Asimismo no cabe apreciar infracción de la doctrina que se invoca en la demanda en la medida en que precisamente el proceder de la Administración responde a los parámetros legales y, además, se aplicó a todos los licitadores, quienes en consecuencia se situaron en plena igualdad.

**CUARTO.-** Del mismo modo, todo lo anteriormente expuesto conduce al rechazo de la desviación de poder alegada.



Téngase en cuenta que reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo vienen declarando que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1 en relación con el artículo 103 de la Constitución y definido en el artículo 83 de la Ley Jurisdiccional como ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, precisa, para poder ser apreciado, que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, no pudiendo fundarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones de acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine, siendo presupuesto indispensable para que se dé que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, dirigida a la promoción del interés público e ineludibles principios de igualdad. La prueba que requiere la desviación de poder es una prueba rigurosa y requiere que se objetive por la prueba practicada y aportada por el recurrente el ejercicio desviado de potestades administrativas ( STS de 17 de marzo de 1997 ).

Sin embargo, en el presente caso no se prueba la concurrencia de ninguna de éstas circunstancias pues en modo alguno se constata que el proceder de la Administración -cuya legalidad ha quedado anteriormente expuesta- obedezca a la intención de favorecer a una de las licitadoras o a cualquier otra finalidad espúrea, máxime cuando, como ya se ha señalado, el criterio adoptado se aplicó en condiciones de igualdad a todas las empresas.

Por lo tanto, no encuentra la Sala elementos de juicio para afirmar que las motivaciones de la actuación administrativa fueron ajenas al interés público, por lo que no puede prosperar la pretendida exclusión de la oferta de la empresa adjudicataria, o la no valoración de la documentación presentada por la misma en relación con el subcriterio de adjudicación que se ha examinado, con la consiguiente desestimación del recurso interpuesto.

**QUINTO.-** Procede imponer las costas de este recurso a la parte recurrente, conforme establece el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , tras la modificación operada por la Ley 37/2011, si bien, como permite el apartado tercero del citado artículo se limita su cuantía a la cantidad de 1500 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimamos el presente recurso contencioso administrativo nº 1190/2012 formulado por la Procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Martínez del Campo, en nombre y representación de Schindler, S.A., contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 26 de septiembre de 2012, que en consecuencia se confirma. Todo ello con expresa imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso con el límite fijado en el fundamento de derecho quinto.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Iltma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.