



Roj: **STSJ CAT 9121/2015 - ECLI: ES:TSJCAT:2015:9121**

Id Cendoj: **08019330052015100563**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **22/09/2015**

Nº de Recurso: **383/2012**

Nº de Resolución: **554/2015**

Procedimiento: **Recurso ordinario (Ley 1998)**

Ponente: **EDUARDO PARICIO RALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

SECCIÓ CINQUENA

Recurs núm. 383/2012

SENTÈNCIA 554/2015

Il·lms. Srs.:

President

Sr. Alberto Andrés Pereira

Magistrats

Sr. José Manuel de Soler Bigas

Sra. Ana Rubira Moreno

Sr. Eduard Paricio Rallo

Barcelona, a 22 de setembre de 2015.

La Sala contenciós administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, secció cinquena, ha pronunciat la següent sentència en el recurs contenciós administratiu núm. 383/12, interposat per **DALKIA CATALUNYA, S.A.**, representada per la procuradora Sra. Cristina Baides Sallent i dirigida per la lletrada Sra. Rafaela Pons Fullana, contra la **UNIVERSITAT POMPEU FABRA y VALORIZA FACILITIES, SAU**, representada pels procuradors Sr. Ignacio López Chocarro i Sra. Marta Trillas Morera.

Ha estat ponent el magistrat Il·lm. Sr. Eduard Paricio Rallo, que expressa el parer de la Sala.

ANTECEDENTS

PRIMER.- En data 3 de desembre de 2012 la representació processal de la societat mercantil **DALKIA CATALUNYA, S.A.**, va presentar en la secretaria d'aquesta Sala escrit d'interposició del present recurs, adreçat contra les resolucions núm. 35/12 i 63/12 de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya,

SEGON.- En data 5 de març de 2013 l'actora va presentar escrit de demanda mitjançant el qual va demanar sentència que declari la nul·litat de les resolucions núm. 35/12 i 63/12 de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya, la nul·litat de les resolucions d'adjudicació de 9 de juliol i 8 d'octubre de 2012 i la nul·litat de la valoració de les millores, retrocedint les actuacions al moment de l'informe tècnic de valoració, s'exclouï a l'empresa "Valoriza Facilities SAU" i s'ordini adjudicar el contracte a la següent empresa licitadora, que és la recurrent.

L'actora planteja diverses pretensions subsidiàries a l'anterior, que son les següents:



- Que en el cas que no s'exclouï a la codemandada, que no se li puntuï als apartats d'encarregat i de responsable del contracte.
- Que en cas contrari es disminueixi la puntuació atorgada en aquests extrems.
- Subsidiàriament a l'anterior, que s'ordini a l'òrgan de contractació valorar les millores segons la fórmula prevista al plec, específicament l'auditoria energètica, la posta en marxa d'un sistema de seguretat dels treballs no continu, la instal·lació de la il·luminació i s'atorgui la màxima puntuació al servei 24 hores.

En cas de no estimar-se l'anterior forma de puntuació, que es torni a valorar puntuant únicament les millores previstes als plecs, específicament les esmentades a l'apartat anterior.

Hom fonamenta el recurs en els següents motius: A/ Hom havia d'haver exclòs l'oferta de "Valoriza Facilities SAU" en la mida que inclou la valoració econòmica de les millores oferides, valoració prohibida a les bases, específicament la millora consistent en l'aportació d'un import econòmic per reformes en cas de pròrroga del contracte, amb infracció de l'article 26 del Reial Decret 817/09 ja que aquestes proposicions econòmiques s'haurien d'haver inclòs en el sobre 2; B/ El fet que les proposicions s'han de referir només al termini d'execució del contracte, sense estendre-les a una hipotètica pròrroga; C/ El fet que l'adjudicatària inclou en la seva proposta aspectes inadmissibles, com ara la disponibilitat d'un encarregat del contracte que és el mateix proposat per l'actora, essent treballador d'aquesta; afegeix que no s'acredita el currículum de la persona que proposa com a responsable tècnic, doncs no s'aporta la certificació de la formació PRISMA ni disposa del certificat SUTER, essent així que el certificat PRISMA III no pot ser verídica atès que està datat l'any 2005 quan la primera versió del mateix és de l'any 2006; D/ El fet que no es va valorar correctament el servei 24 hores ofert per l'actora, essent així que va oferir un servei que compleix els requeriments establerts a les bases incloent l'atenció telefònica de 24 hores, i se'l va valorar amb una puntuació d'1'8 punts respecte els 2 punts possibles. Hom afegeix en aquest sentit que l'informe tècnic introdueix en aquest punt determinats subcriteris i exigències que no consten al plec de condicions; E/ Considerant que l'adjudicatària ofereix 253.000 euros en concepte de millores, resulta una oferta econòmica d'1.333.300 euros, preu molt superior al preu base; F/ El fet que, un cop estimat el primer recurs per part de l'OARCC, l'Administració no va anul·lar la primera resolució d'adjudicació, anul·lació que tampoc havia efectuat l'OARCC; G/ Que finalment el contracte es va adjudicar sense tenir en compte cap de les millores oferides pels licitadors, quan procedia valorar les relacionades amb els plecs com ara els sistemes d'assegurament de la qualitat o seguretat dels treballs, les millores en l'experiència i formació del responsable i de l'encarregat del contracte, i els estudis de gestió i estalvi energètic; concretament les millores preses en consideració en l'informe tècnic de valoració; una valoració que portaria a adjudicar el contracte a l'actora.

TERCER.- Per la seva part, la representació de l'Administració demandada i la codemandada van formular contestació a la demanda en què, d'acord amb els fets i fonaments al·legats, va demanar la desestimació d'aquest recurs la confirmació de l'adjudicació impugnada i la imposició de les costes processals a l'actora.

QUART.- Mitjançant resolució de data 17 de juny de 2013 es va fixar la quantia d'aquest procés com indeterminada. Acte seguit, es va admetre i practicar la prova proposada per les parts amb el resultat que consta als actes.

Posteriorment, hom va formular conclusions tot ratificant llurs respectives pretensions.

Finalment, es va assenyalar dia i hora per a la votació i resolució, diligència que va tenir lloc en la data fixada.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER .- S'impugnen en aquest recurs les resolucions dictades per l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya núm. 35/12 i núm. 63/12, de dates 19 de setembre i 22 de novembre de 2012 respectivament. Ambdós resolucions es refereixen a l'adjudicació del contracte corresponent al servei de manteniment de les instal·lacions generals dels edificis de la Universitat Pompeu Fabra.

La primera de les resolucions es va dictar en referència a l'adjudicació inicial del contracte a favor de la codemandada i va anul·lar les valoracions de les millores no establertes en els plecs, per tal que l'òrgan de contractació adjudiqués el contracte a l'empresa licitadora que obtingui millor puntuació sense consideració de les millores no establertes en els plecs.

La segona de les resolucions impugnades va declarar que l'anterior resolució havia estat correctament executada per la Universitat demandada.

El recurs es fonamenta en un primer motiu, en el sentit que hom havia d'haver exclòs l'oferta de "Valoriza Facilities SAU" en la mida que inclou la valoració econòmica de les millores oferides, valoració prohibida a



les bases, específicament la millora consistent en l'aportació d'un import econòmic per reformes en cas de pròrroga del contracte, amb infracció de l' article 26 del Reial Decret 817/09 ja que aquestes proposicions econòmiques s'haurien d'haver inclòs en el sobre 2. L'actora afegeix en aquest punt un segon motiu de recurs en el sentit que les proposicions s'han de referir només al termini d'execució del contracte, sense estendre-les a una hipotètica pròrroga.

Doncs bé, la clàusula administrativa 13 defineix els criteris d'adjudicació establint d'una banda la valoració de l'oferta econòmica i, de l'altra, els criteris a valorar mitjançant judicis de valor. En aquest capítol s'inclou la proposta de millores addicionals fins a un màxim de 7 punts. En aquest aspecte el plec puntualitza que només es valoraran aquelles millores que la Universitat consideri que s'adeqüen a les seves necessitats sense cost addicional. La clàusula afegeix el següent " *A títol informatiu i no limitatiu, es podran considerar millores els sistemes d'assegurament de la qualitat o la seguretat dels treballs, millores en l'experiència i la formació del responsable i de l'encarregat del contracte, les propostes d'estudis de gestió i estalvi energètic ... etc "*

L'adjudicatària va oferir diverses millores com ara el canvi del gas refrigerant a dos edificis, la instal·lació de calderes a l'edifici Roger de Llúria, auditoria en la qualitat de l'aire, canvi de llums per leds, monitorització d'edificis, estudi de facturació, auditoria elèctrica, manteniment predictiu, prima per bon servei, estudio lumínic i estudi sismomètric. L'adjudicatària va valorar cadascuna d'aquestes millores, amb un total de 241.305 euros i va oferir a banda una bossa addicional de diners per a reformes que tingui a veure amb eficiència energètica o millora de les instal·lacions amb u import de 125.000 euros si el contracte es prorroga per un termini igual a l'inicial.

El cas és que les millores estaven previstes al plec de condicions com un dels aspectes susceptibles de ser oferts pels licitadors i valorats per l'Administració en els termes esmentats. No pot haver dubte doncs que els licitadors podien proposar millores, independentment que les mateixes poguessin ser o no preses en consideració i valorades en funció del seu ajust a les característiques definides al mateix plec que abans s'han reproduït. El fet que el licitador valori o no les millores es una qüestió irrellevant doncs ni es tracta d'una dada prohibida, ni s'adverteix que aquesta informació facilitada subjectivament pugui ser contrària a cap precepte o principi de contractació, mes aviat es correspon amb la llibertat que gaudeixen els licitadors per formular llurs proposicions.

El cas és que les millores van ser valorades d'acord amb criteris propis dels redactors de l'informe tècnic, concretament classificant els ofertes en tres grups segons l'interès que tingui per a la Universitat i el valor econòmic que se li atribueix, distribuint la puntuació total per millores de forma decreixent segons el grup. A l'adjudicatària se li van valorar 8 de les 13 millores oferides, resultant una millora en el grup 1, i 7 en el grup segon, amb una puntuació conjunta per millores de 4,162, front 1'987 punts de la recurrent. La diferència essencial rau en el fet que al codemandada se li va valorar la millora consistent en una auditoria energètica continuada en el grup 1.

El cas és que la valoració econòmica efectuada per l'actora no sols no resulta contrària a algun precepte o principi, sinó que a mes no va tenir major repercussió doncs els tècnics van valorar les millores d'acord amb criteris propis.

Tampoc no hi ha obstacle als plecs perquè el licitador pugui oferir una millora referida a una eventual prorroga, en el ben entès que aquesta millora no va ser presa en consideració.

Cal afegir que les millores esmentades van ser oferides per l'adjudicatària al sobre 3 com a tals millores i no com una oferta econòmica, que va efectuar a part. Conseqüentment amb aquest plantejament, que és el que resulta de les clàusules 11 i 13 del plec de condicions administratives, l'oferta econòmica va ser valorada de forma separada a les millores.

En definitiva, pel fet de valorar les millores aquestes no perden la seva condició de tals millores i, ni aquesta valoració assimila les millores a l'oferta econòmica, ni l'Administració va incórrer en aquesta confusió.

SEGON .- Al·lega així mateix l'actora que l'adjudicatària inclou en la seva proposta aspectes inadmissibles, com ara la disponibilitat d'un encarregat del contracte que és el mateix proposat per l'actora, essent treballador d'aquesta. La clàusula administrativa onzena disposa que el sobre núm. 3 inclourà la proposta tècnica, proposta que consta d'una memòria d'organització del personal del servei, el currículum del responsable tècnic del contracte proposat i el currículum de l'encarregat del contracte proposat. La clàusula 13, per la seva banda, fa referència a la valoració, atribuint a la memòria un màxim de 20 punts i a les propostes de responsable i d'encarregat 10 punts per cadascuna.

Doncs bé, cal deduir que si les bases demanen el currículum de l'encarregat, és que l'empresa ha de tenir la disponibilitat de la persona que proposa per aquesta funció. Altament, es s'estaria invocant un mèrit fals. Ara be, del plantejament de la base onzena no es dedueix l'obligació que les persones proposades estiguin



treballant per la licitadora en el moment de formular l'oferta. Simplement es tracta que la licitadora tingui la disponibilitat o el compromís a aquest efecte per part de l'interessat, sense que hi hagi cap impediment jurídic per a la incorporació del professional un cop es subscrigui el contracte.

El plec de clàusules administratives no inclou cap exigència pel que fa a l'acreditació dels currículums, de forma que cal entendre que inicialment és suficient amb la manifestació dels licitadors. Tanmateix, les ofertes queden sotmeses a la facultat que es reserva l'Administració al final de la clàusula de referència per demanar els aclariments sobre els diferents aspectes de l'oferta tècnica o per requerir l'aportació de la documentació que acrediti la veracitat de la oferta presentada o la informació complementària que consideri adient.

El cas és que l'adjudicatària va presentar com a encarregat del contracte al Sr. Ángel , constant en el currículum aportat que llavors exercia com a encarregat del contracte de manteniment de la UPF prestant serveis en l'empresa "Agefred Servicio SA". Per la seva banda, l'actora va presentar la mateixa persona per al mateix lloc, fent constar que portava 12 anys a l'empresa, actuant com a encarregat del contracte de manteniment de l'UPF en aquell moment.

Com s'ha esmentat, la clàusula administrativa onzena no exigeix que les persones que han d'actuar com a responsable tècnic i encarregat del contracte estiguin prestant serveis a l'empresa licitadora en el moment de fer l'oferta. Segons el tenor literal de la clàusula esmentada es tracta de proposar els corresponents professionals. Ara bé, no és menys cert els currículums de les persones proposades puntuen als efectes de resoldre el concurs, i a més ho fan de forma significativa, de forma que no seria admissible que un licitador obtingui l'adjudicació a partir de la valoració d'uns professionals que no en disposa i que no s'incorporaran un cop signat el contracte. Per tant, i a la vista de la coincidència, és clar que l'Administració havia d'haver demanat a tots dos licitadors l'acreditació de la disponibilitat del professional en qüestió de cara al nou contracte, singularment a la codemandada atès que en aquell moment l'encarregat proposat prestava els seus serveis en l'empresa recurrent. Tanmateix, l'Administració es va limitar a valorar les propostes d'encarregat coincidents sense més.

L'actora ha aportat amb l'escrit de demandada la baixa laboral voluntària presentada pel Sr. Ángel a data 31 de gener de 2013, encara que no consta si el mateix s'ha incorporat efectivament com encarregat del nou contracte subscrit amb la codemandada.

Doncs be, com s'ha dit l'Administració havia d'haver exercit la seva facultat de demanar aclariments sobre al situació, ara bé, no estem davant una situació que hagi de portar a l'anul·lació de l'acte d'adjudicació doncs, en primer lloc, el plec de clàusules administratives no imposava als licitadors l'obligació d'acreditar els extrems de l'oferta tècnica en el moment de formular la mateixa. En segon lloc, no s'ha acreditat una falsedat en el sentit que el Sr. Ángel no tingués un compromís amb l'adjudicatària que permetés a aquesta proposar-lo, ni s'ha acreditat tampoc que el Sr. Ángel no s'ha incorporat efectivament com encarregat del nou contracte derivat de l'adjudicació objecte de recurs.

Respecte el responsable tècnic del contracte proposat per l'adjudicatària, l'actora al·lega que no s'aporta la certificació de la formació PRISMA ni disposa del certificat SUTER, essent així que el certificat PRISMA III no pot ser verídica atès que està datat l'any 2005 quan la primera versió del mateix és de l'any 2006.

Consta tanmateix que l'adjudicatària va aportar amb la seva oferta una certificació subscripta per l'empresa SAUTER SA en el sentit que el professional proposat com a responsable del contracte, Sr. Justino , era coneixedor a través dels diversos cursos de formació dels seus sistemes de gestió tècnica per a edificis, incloent el nou sistema OPEN.

Respecte el programa PRISMA III l'adjudicatària va aportar una certificació emesa per la mateixa empresa en el sentit que el Sr. Justino havia rebut formació en aquest programa durant 16 hores l'any 2010. S'afegeix una certificació de l'entitat "Sistplant" referit a la formació prestada l'any 2005 al Sr. Justino respecte el programa PRISMA II.

Cal concloure que, si be aquesta darrera certificació conté una anomalia en incorporar un logotip de PRISMA III quan el que s'acredita es la formació en PRISMA II, aquesta anomalia no es suficient com per desqualificar el currículum del Sr. Justino , como tampoc es pot menysprear sense més les certificacions o declaracions formalment assumides per la pròpia empresa licitant.

TERCER .- L'actora al·lega així mateix el fet que no es va valorar correctament el servei de 24 hores ofert per l'actora, essent així que va proposar un servei que compleix els requeriments establerts a les bases incloent l'atenció telefònica de 24 hores i se'l va valorar amb una puntuació d'1'8 punts respecte els 2 punts possibles. Hom afegeix en aquest sentit que l'informe tècnic introdueix en aquest punt determinats subcriteris i exigències que no consten al plec de condicions.



La clàusula administrativa 11^a fa referència al projecte tècnic que els licitadors han de proposar dins el sobre 3, informe tècnic que ha d'incloure un servei d'atenció 24 hores, una proposta que havia de tenir una valoració fins a 2 punts dintre del màxim de 20 corresponent a la memòria d'organització en el seu conjunt.

L'actora va proposar un servei segons el qual les urgències en temps de presència es resolen immediatament, mentre que si es produeixen fora del període de presència el temps de la resposta és de 45 minuts. El sistema es basa en una guàrdia permanent per part d'una persona de manteniment a la que cal contactar per un telèfon mòbil. Alhora, la resposta es produeix en quatre nivells successius segons la transcendència o dificultat de la urgència, havent un suport tècnic de guàrdia.

L'informe tècnic incorporat a l'expedient justifica la valoració d'aquest servei a partir del següent desglossament: atenció telefònica tipus " call center ": 0'2 punts, suport extern d'altres guàrdies: 0'8 punts, complement de tercer nivell d'atenció amb telèfons permanents de gerència de l'empresa: 1 punt.

Certament els principis d'objectivitat i publicitat son estructurals en el règim jurídic de la contractació. Aquests principis es concreten en la necessitat de predeterminar els criteris pels que s'haurà de regir l'adjudicació material (article 150 de la Llei de contractes del sector públic , text refós aprovat per Reial Decret legislatiu 3/2011) i la necessitat de publicitat de les bases del concurs llevat les excepcions expressament previstes a la mateixa Llei. Aquesta és una garantia essencial d'igualtat dels licitadors, que han d'estar en situació de conèixer els criteris que regiran l'adjudicació del contracte prèviament a la presentació de llurs ofertes i amb suficient grau de detall per saber a que atener-se.

Ara bé, és clar que aquestes obligacions de predeterminació i de publicitat no abasten tots els detalls dels criteris de selecció ni els mètodes per a la seva aplicació; informació que seria impossible avançar, doncs la forma de valorar és quelcom que sovint cal que sigui definit per la mesa a la vista de les circumstàncies. En altres paraules, arriba un punt en el que la concreció de detalls excedeix del contingut necessari de les bases per entrar en el camp de la mera gestió, funció aquesta atribuïda a l'òrgan de selecció. En aquest sentit, el Tribunal Suprem ha establert una doctrina jurisprudencial segons la qual " *los Tribunales de procesos selectivos, las Comisiones de calificación, o las Mesas de Contratación gozan de un margen de discrecionalidad técnica, que les habilita a concretar objetivamente los criterios de evaluación con el fin de facilitar su labor* " (Tribunal Suprem, sentència de 10 de juny de 2013, recurs núm. 1461/2012).

Tanmateix, en sentit contrari, aquesta capacitat per desplegar els criteris no pot arribar al punt de desnaturalitzar-los fins l'extrem de ponderar factors que no podien ser raonablement deduïts de les bases publicitades en el seu moment. En aquest sentit s'ha manifestat aquesta Sala i secció en sentència n° 62/2009, de 23 de setembre (recurs n° 1560/2007).

L'informe tècnic de valoració proposa el detall o desglossament de valoració de les proposicions sobre el servei d'atenció de 24 hores que s'ha esmentat. No es pot considerar que aquest desglossament constitueixi una invasió del terreny de les bases de la licitació sinó més aviat l'objectivació d'una funció d'aplicació d'aquests criteris, una objectivació que és beneficiosa per sí mateixa i alhora contribueix a explicar i motivar el resultat de la licitació.

El cas és que a partir dels criteris de valoració esmentats, l'actora va rebre una puntuació d'1'8 punts, mentre que l'adjudicatària va rebre 2 punts. La diferència està en la valoració d'un call centre, que l'actora no va incorporar a la seva proposta. El pèrit de designació judicial que ha informat en el ram de prova posa de manifest que la incorporació d'un call center no era imprescindible i que la proposta de l'actora mereixia el màxim de 2 punts. Tanmateix posa de manifest que no queda clar si l'usuari havia de trucar a un sol número o als diversos números que s'aporten en funció de les característiques de l'emergència.

Cal concloure que la diferència de 0'2 punts es ínfima i pot quedar justificada per l'absència d'un call center entès com un centre d'atenció telefònica professionalitzat que assumeix tota la interlocució amb l'operatiu de resposta independentment dels nivells que hagin d'actuar, deixant en tot cas referència de les trucades rebudes, les seves dades i motius, que és una informació que pot ser útil. Dit d'una altra forma, la diferència tan escassa pot quedar justificada en aquest cas per la discrecionalitat tècnica que cal atribuir als autors de l'informe tècnic, en el sentit que han de tenir marge per apreciar segons els interessos de la Universitat contractant les característiques del servei de 24 hores que els poden ser més útils.

QUART .- L'actora al·lega així mateix que l'oferta de l'adjudicatària hauria de ser considerada inacceptable per al seva quantia comptant les millors ofertes, resulta en primer lloc que el plec de clàusules es limita a establir un preu base d'1.200.397'45 euros i uns preus/hora de partida per a les categories d'oficial primera i ajudant, establint-se posteriorment la forma de valorar la baixa en aquest dos paràmetres econòmics, sense límit en la baixa acceptable ni criteri per a la consideració d'oferta temerària.



L'adjudicatària va oferir 1.080.457 euros. L'actora argumenta que, considerant que l'adjudicatària ofereix 253.000 euros en concepte de millores, resulta una oferta econòmica d'1.333.300 euros, molt desenquadrada del preu de referència. Doncs be, en primer lloc, caldria considerar que l'oferta addicional de millores econòmiques no augmentaria el preu ofert sinó que en tot cas el disminuiria en termes relatius, doncs es tracta d'una major contraprestació pel mateix preu. En segon lloc,, com s'ha dit al plec de clàusules administratives no s'inclou cap criteri per considerar valors anormals o desproporcionats d'acord amb allò previst a l' article 152 del Reial Decret legislatiu 3/11 . Però és que, finalment, ja s'ha avançat que les millores no poden ser considerades com part de l'oferta econòmica, sinó com a part de l'oferta tècnica, i que el fet que el licitador els hagi valorat no te cap repercussió.

CINQUÈ .- Cal desestimar també el motiu de recurs basat en el fet que, un cop estimat el primer recurs per part de l'OARCC, l'Administració no va anul·lar la primera resolució d'adjudicació, anul·lació que tampoc havia efectuat l'OARCC.

Segons que disposa l' article 47 del Reial Decret legislatiu 3/11 , l'òrgan administratiu ha de declarar be la inadmissibilitat i ha de pronunciar-se sobre l'anul·lació de les decisions il·legalment adoptades durant el procediment d'adjudicació, incloent la supressió de les característiques o previsions antijurídiques de els bases del procés, reconeixent alhora la indemnització que pugui correspondre si és el cas. L'òrgan no pot, però, adjudicar de nou el contracte a un altre licitador, funció que pertoca en tot cas a l'òrgan de contractació. A aquest efectes l'òrgan de recursos haurà de requerir-lo establint un termini a l'efecte.

En el cas que ens ocupa la resolució núm. 35/12 de l'OARCC va estimar parcialment el recurs interposat contra l'acte d'adjudicació, " *en el sentit d'anul·lar els valoracions de els millores no establertes als plecs, per tal que l'òrgan d'adjudicació adjudiqui el contracte a l'empresa licitadora que obtingui la millor puntuació sense consideració de les millores no establertes als plecs* " .

Certament aquest pronunciament no és tècnicament correcte, doncs corresponia a l'òrgan en qüestió anul·lar formalment l'acte d'adjudicació, acte que no podia sobreviure si les valoracions en les que es basava eren nul·les, i si calia dictar nova adjudicació. Ara bé, aquesta imprecisió de l'OARCC no obsta perquè es pugui entendre que òbviament l'acte d'adjudicació quedava implícitament anul·lat en la resolució de referència.

SISÈ .- L'actora aporta un darrer motiu de recurs en el sentit que finalment el contracte es va adjudicar sense tenir en compte cap de les millores ofertes pels licitadors, quan el que procedia era valorar les relacionades en el plec de clàusules administrativa, concretament les millores preses en consideració en l'informe tècnic de valoració; una valoració que entén que portaria a adjudicar el contracte a l'actora.

Com s'ha esmentat al fonament primer, la clàusula administrativa onzena preveu la possibilitat que els licitadors incloguin millores addicionals del servei. La clàusula tretzena preveu una valoració de les millores addicionals fins a un màxim de 7 punts. En aquest aspecte el plec puntualitza que només es valoraran aquelles millores que la Universitat consideri que s'adeqüen a les seves necessitats sense cost addicional. La clàusula afegeix el següent " *A títol informatiu i no limitatiu, es podran considerar millores els sistemes d'assegurament de la qualitat o la seguretat dels treballs, millores en l'experiència i la formació del responsable i de l'encarregat del contracte, les propostes d'estudis de gestió i estalvi energètic ... etc.* "

La resolució de l'OARCC núm. 35/12 considera que la valoració de millores que no tinguin fonament en els criteris prèviament delimitats en els plecs suposa una infracció del principi d'igualtat. Es pot deduir d'aquesta resolució que les millores rebutjades son les que no queden vinculades amb els criteris expressament definits a la clàusula 13ª abans reproduïda, encara que la resolució no concreta quines son al criteri de l'OARC aquestes millores inadmissibles.

El cas és que en compliment de l'anterior resolució, el Rector va dictar nova resolució el 8 d'octubre de 2012 en la que va adjudicar el contracte novament a l'empresa "Valoriza Facilities SAU", en aquest cas atribuint a aquesta empresa una valoració de 91'67 punts mentre que l'actora quedava en segon lloc amb 90'31 punts.

La resolució no aporta mes explicació sobre la nova valoració, ni hi queda precedida per una proposta tècnica. Es pot deduir, i les parts no discuteixen aquest fet, que la nova valoració es correspon exactament amb la que es va fer en el seu moment traient en bloc la puntuació inicialment atribuïda a les millores, de forma que aquest apartat finalment no ha estat considerat en la resolució final de la Universitat.

Òbviament, no es pot acceptar una solució com l'anterior. Si el plec de clàusules administratives introduïa un apartat específic de millores entre els criteris d'adjudicació, l'Administració és la primera vinculada per aquesta previsió. Una obvietat que tanmateix no va ser considerada per l'OARCC en resoldre els segon recurs o incident, sense que aquesta resolució porti un mínim de motivació que permeti entendre la raó de la mateixa.



En conseqüència, la Universitat demandada havia d'haver valorat aquelles millores vinculades als criteris expressament inclosos a les bases del concurs, això és, les millores els sistemes d'assegurament de la qualitat o la seguretat dels treballs, les millores en l'experiència i la formació del responsable i de l'encarregat del contracte, i les propostes d'estudis de gestió i estalvi energètic.

Doncs bé, si be el perit que ha informat manté determinades discrepàncies sobre el valor de les millores, cal admetre inicialment l'informe tècnic de valoració efectuat en el seu moment doncs la clàusula administrava tretzena disposa que la valoració cal fer-la en la mida que Universitat consideri que s'adeqüen a les seves necessitats, de forma que cal considerar aquesta percepció subjectiva en primer lloc, en e ben entès que no s'ha acreditat que la forma de valorar en aquest informe tècnic sigui arbitrària.

Doncs bé, respecte l'adjudicatària cal considerar que entren dins els paràmetres del concurs la millora consistent en una auditoria energètica continuada (valorada en 3 punts), la formació continuada del personal, l'estudi lumínic dels llocs de treball, l'estudi sismomètric, i auditoria de la qualitat de l'aire (millores valorades en 0'166 punts cadascuna), amb un total de 3'664 punts per millores. Això significa que la puntuació de l'actora hauria de ser de 95'334 punts, superior a la que va obtenir l'actora considerant totes les millores aportades independentment de la seva relació amb els paràmetres indicats, que va ser de 92'29 punts.

Hem de reiterar en que en aquest punt que cal donar prioritat a la valoració efectuada a l'informe tècnic de la Universitat un cop depurada de les millores no relacionades amb les bases del concurs doncs, en primer lloc, cal respectar la discrecionalitat tècnica inherent a l'informe, essent així que no s'ha acreditat l'arbitrarietat d'aquesta valoració. En segon lloc i com s'ha esmentat, la valoració s'ha de fer des de la perspectiva de l'interès que les millores suposen per la Universitat contractant, de forma que cal considerar especialment aquesta vessant subjectiva.

Cal afegir que, fins i tot si s'està a les conclusions del dictamen pericial i s'atorga una valoració de 3 punts per auditoria energètica proposada per l'actora i 0'166 punts per actuacions d'estalvi energètic relacionades amb el canvi dels llums -per bé que les bases fan referència a estudis sobre estalvi energètic i no a actuacions materials en aquesta matèria-, el resultat seria encara inferior al que correspon a l'adjudicatària.

Correspon en conseqüència desestimar el recurs.

SETÈ .- L' article 139 de la Llei jurisdiccional disposa que s'imposaran les costes processals a la part que vegi desestimades les seves pretensions, si be amb un límit de 1.000 euros.

Atesos els fonaments esmentats,

DECISIÓ

HEM RESOLT

Primer.- Desestimar el recurs interposat per DALKIA CATALUNYA,S.A., contra les resolucions números 35 i 63 de 2012 de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya.

Segon.- Imposar les costes processals a l'actora, costes que en cap cas superaran el màxim total de 1.000 euros.

Notifiqueu aquesta sentència a les parts fent saber que contra la mateixa es pot interposar recurs de cassació davant el Tribunal Suprem, que es prepararà davant aquesta Sala en el termini de deu dies comptat des del següent al de la seva notificació

Porteu testimoniatge a les actuacions principals

Així, per aquesta nostra sentència, ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ.- En el dia d'avui i en audiència pública l'Illm. Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.