

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EAEko AUZITEGI NAGUSIA ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

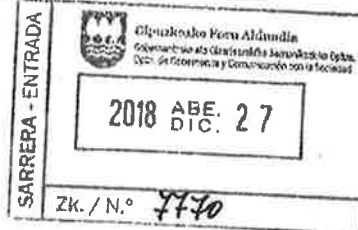
BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-CP/PK: 48001
TEL.: 94-4016655

NIG PV/ IZO EAE: 00.01.3-17/000171
NIG CGPJ / IZO BJKN: XXXXX.33.3-2017/0000171

**Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 187/2017
- Seccion 1ª**

Demandante / Demandatzailea: MULTIENERGIA VERDE S.L.
Representante / Ordezkarria: ENRIQUE ALFONSO MASIP

Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkarria: BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA



ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 4/2017 DE 23-2-17 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA DESESTIMATORIA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION INTERPUESTO POR EL DEMANDANTE CONTRA ORDEN FORAL 1228/2016 DE 9-12-16 POR LA QUE SE RESUELVE CONCLUIR CON LA EMPRESA GAS NATURAL SERVICIOS SDG S.A. EL ACUERDO MARCO PARA LA CONTRATACION DEL SUMINISTRO DE GAS NATURAL A TRAVES DE LA CENTRAL DE CONTRATACION FORAL DE GIPUZKOA (X16023). |

**REMITIENDO TESTIMONIO SENTENCIA y el
expediente administrativo PARA SU
EJECUCIÓN**

1.- Adjunto se remite testimonio de la sentencia dictada por esta Sala en el recurso contencioso-administrativo referenciado y que ha alcanzado el carácter de firme, al haber sido declarado inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra la referida sentencia.

Así mismo se devuelve el expediente administrativo.

2.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, esa Administración demandada, DEBE:

a) Acusar recibo de esta comunicación en el plazo de DIEZ DÍAS, contados desde su recepción.

A tal efecto se remite la presente por duplicado para que se devuelva un ejemplar, sellado, fechado y firmado.

b) Llevar a puro y debido efecto lo resuelto en la sentencia, practicando lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

**EPAI LEKUKOTZA eta
administrazio-espeditzea BIDALTZEA,
BETEARAZTEKO**

1.- Honekin batera bidaltzen dizut Sala honekin zehaztutako administrazioarekiko auzi-errekurtsoan eman duen epaiaren lekukotza. Epaiaren irmoa da, onartezin deklaratu baitu epaiaren aurka jarritako kasazioko errekurtsoa.

Era berean, administrazio-espeditzea itzultzen dut.

2.- Administrazioarekiko Auzien Jurisdikzioaren Legeko 104.1 artikularen arabera, Administrazio demandatu horrek ondokoa EGIN BEHAR DU:

a) Komunikazio hau hartu izanaren berri eman, jaso eta hurrengo HAMAR EGUNEN barruan.

Horretarako, ofizio honen bi ale bidaltzen ditut, kopietako bat hona itzultzeko, sinatuta, zigilatuta eta data zehaztuta.

b) Epaiaren ebatzitakoa behar den moduan bete, epaitzan agindutakoa gauzatu.

c) En el mismo plazo de DIEZ DÍAS participar a esta Sala cuál sea el **órgano encargado del cumplimiento** de la sentencia (art. 104.1 de la LJCA, ya citado).

3.- Se advierte a esa Administración que transcurridos DOS MESES desde la comunicación de la sentencia, o en su caso del plazo menor fijado en la misma, las partes y personas afectadas podrán instar la ejecución forzosa de la sentencia (art. 104.3 de la LJCA).

En Bilbao a 13 de diciembre de 2018

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA JUSTIZIA ADMINISTRAZIOAREN
LETRADUA

c) Sala honi ezagutzera eman, HAMAR EGUNEKO epe berean, zein organori dagokion epaia betearaztea (AAJLko 104.1 art., goian aipatutakoa).

3.- Administrazio horri ohartarazten diot alderdiek eta ukitutako gainerako pertsonak epaiaren nahitaezko betearazpena eskatu ahal izango dutela, epaia ezagutarazi eta BI HILABETE igarotakoan; edo, epaian epe laburragoa ezarri gero, epe hori igarotakoan (AAJLko 104.3 art.).

Bilbao(n), 2018(e)ko abenduaren 13(e)an.



DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Plaza GIPUZKOA nº S/N - 20004
DONOSTIA-SAN SEBASTIAN

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

EAEko AUZITEGI NAGUSIA ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-CP/PK: 48001
TEL.: 94-4016655

NIG PV/ IZO EAE: 00.01.3-17/000171
NIG CGPJ / IZO BJKN: XXXXX.33.3-2017/0000171

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 187/2017
- Sección 1ª

Demandante / Demandatzailea: MULTIENERGIA VERDE S.L.
Representante / Ordezkaria: ENRIQUE ALFONSO MASIP

Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkaria: BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 4/2017 DE 23-2-17 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA DESESTIMATORIA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION INTERPUESTO POR EL DEMANDANTE CONTRA ORDEN FORAL 1228/2016 DE 9-12-16 POR LA QUE SE RESUELVE CONCLUIR CON LA EMPRESA GAS NATURAL SERVICIOS SDG S.A. EL ACUERDO MARCO PARA LA CONTRATACION DEL SUMINISTRO DE GAS NATURAL A TRAVES DE LA CENTRAL DE CONTRATACION FORAL DE GIPUZKOA (X16023).

D. IGNACIO SARALEGUI PRIETO, Letrado de la Administración de Justicia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

CERTIFICO: Que en el Procedimiento ordinario 187/2017, se ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

SENTENCIA NUMERO 47/2018

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:
D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a diecinueve de febrero de dos mil dieciocho.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 187/2017 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución 4/2017, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, que desestima el recurso especial interpuesto contra la Orden Foral 1228/2016, de 9 de diciembre, del Diputado del Departamento de Gobernanza y Comunicación con la Sociedad de la Diputación Foral de Gipuzkoa, por la que se resuelve



concluir con la empresa Gas Natural Servicios SDG, S.A. el acuerdo marco para la contratación del suministro de gas natural a través de la Central de Contratación Foral de Gipuzkoa (X16023).

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: MULTIENERGIA VERDE S.L., representada por el Procurador Don ENRIQUE ALFONSO MASIP y dirigida por el Letrado Don LUCAS GRANADOS GÓMEZ.

-DEMANDADA: La DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA, representada por la Procuradora Doña BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA y dirigida por el Letrado Don ANTONIO GONZÁLEZ DÍEZ.

Ha sido Magistrada Ponente la Iltma. Sra. D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de marzo de 2017 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Don ENRIQUE ALFONSO MASIP actuando en nombre y representación de MULTIENERGIA S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 4/2017, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, que desestima el recurso especial interpuesto contra la Orden Foral 1228/2016, de 9 de diciembre, del Diputado del Departamento de Gobernanza y Comunicación con la Sociedad de la Diputación Foral de Gipuzkoa, por la que se resuelve concluir con la empresa Gas Natural Servicios SDG, S.A. el acuerdo marco para la contratación del suministro de gas natural a través de la Central de Contratación Foral de Gipuzkoa (X16023); quedando registrado dicho recurso con el número 187/2017.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 2 de octubre de 2017 se fijó como cuantía del presente recurso la de 2.030.581,03 euros.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 2 de febrero de 2018 se señaló el pasado día 8 de febrero de 2018 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Enrique Alfonso Massip, procurador de los Tribunales y de Multienergía Verde, S.L., deduce impugnación jurisdiccional en relación con la Resolución 4/2017, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, que desestima el recurso especial interpuesto contra la Orden Foral 1228/2016, de 9 de diciembre, del Diputado del Departamento de Gobernanza y Comunicación con la Sociedad de la Diputación Foral de Gipuzkoa, por la que se resuelve concluir con la empresa Gas Natural Servicios SDG, S.A. el acuerdo marco para la contratación del suministro de gas natural a través de la Central de Contratación Foral de Gipuzkoa (X16023); e impone multa de 1.000 euros.

Ejercita pretensión anulatoria y de reconocimiento de su derecho a ser adjudicataria, con condena a la Administración demandada al abono de indemnización en importe de 2.029.581,03 euros, incrementada con los intereses que legalmente procedan.

Aduce al efecto, en resumen:

1º Que Gas Natural Servicios SDG S.A. y Endesa Energía S.A.U. debieron ser excluidas de la licitación por ofertar en sus propuestas la subcontratación de los servicios de atención al cliente exigidos en el apartado 7 del PPT, que la cláusula 29 del PCAP no admite.

2º Que, como reconoce el Tribunal Especial, inexplicablemente a Multienergía Verde S.L. se le otorgó una puntuación de 11,42 puntos en el criterio "precio", cuando aplicando el Pliego le correspondían 22,83 puntos.

3º Que asimismo se cometió error en la valoración de “la calidad de atención al cliente”, ya que a la actora se le asignan 3 puntos sobre 20 y a EDP Comercializadora S.A.U. 20 puntos sobre 20.

Subraya que el órgano adjudicador no realizó una comparación de todas las ofertas, objetiva, motivada y desglosada por cada uno de los apartados objeto de valoración, y que comparadas las de ambas empresas, resulta que la de la actora es similar e incluso mejor que la de EDP, de modo que la puntuación atribuida carece de toda lógica y racionalidad; trae a colación otro procedimiento de licitación sustanciado en el Ayuntamiento de Zarautz, igual que el presente, en el que los servicios ofrecidos por esas dos empresas son también idénticos, con una valoración más acorde a la aquí propugnada.

Añade que, dado que Multienergía ofertó en su proposición la totalidad de los aspectos sometidos a criterios no económicos, debería haber obtenido la totalidad de los puntos posibles en ese apartado.

Por lo tanto, queda desvirtuada la presunción de certeza y racionalidad que se le presume al órgano calificador, y la mercantil actora ha de ser la adjudicataria del contrato, lo que le otorga el derecho al percibo de indemnización por la pérdida de la oportunidad real de cumplir las prestaciones contractuales, en importe de 2.029.581,03 euros, resultado de aplicar el 6% a la valoración económica de los contratos fijada por la propia Diputación Foral en 33.826.350,63 euros.

4º Estima además improcedente la sanción, ya que los argumentos para impugnar la licitación no se pueden considerar en ningún caso inconsistentes; niega, por último, que haya habido una falta de respeto, tan solo se ha usado un lenguaje proporcional al empleado por el funcionario público en su informe de valoración.

SEGUNDO.- La Diputación Foral de Gipuzkoa ha presentado escrito de contestación a la demanda postulando su desestimación en base a las siguientes alegaciones:

1ª No hay nada en la oferta de la adjudicataria que permita deducir que vaya a concertar con terceros la realización parcial del contrato (artículo 227 TRLCSP).

2º En cuanto a la valoración de la “calidad de la atención al cliente”, se remite al informe de valoración obrante a los folios 568-571 del expediente, y recuerda la doctrina sobre la discrecionalidad técnica, concluyendo que en este caso el órgano de contratación no ha incurrido en error ni arbitrariedad.

Respecto del procedimiento tramitado en Zarautz, sostiene que ni el criterio de valoración se define de manera idéntica en los respectivos Pliegos, ni consta que las concretas ofertas presentadas por cada licitador fueran iguales, ni puede privarse, en fin, a los órganos encargados de valorarlas del margen de discrecionalidad técnica con el que cuentan.

3º Dice también que la rectificación del error sobre el criterio “precio” no modifica el resultado final del procedimiento de adjudicación, por lo tanto, no puede tener ninguna virtualidad invalidante.

4º Se opone a la pretensión indemnizatoria, ya que de prosperar el recurso, la recurrente podría en principio continuar los contratos derivados del acuerdo marco hasta la expiración de sus plazos de duración (2 años) y de sus posibles prórrogas (1 año); en todo caso, la indemnización debe calcularse en función del precio ofertado por la recurrente (6.517.521 euros).

5º Y defiende la procedencia de la multa impuesta, por faltar al respeto al funcionario público encargado de la valoración, unido a la liviandad que el TAFRC denota en los motivos esgrimidos, lo que conduce a apreciar la existencia de mala fe en la interposición del recurso.

TERCERO.- Según se desprende del expediente administrativo, presentadas cinco ofertas en la licitación que nos ocupa, seguida por el procedimiento abierto y de tramitación ordinaria, dos –las propuestas por Iberdrola Clientes S.A.U. y EDP Comercializadora, S.A.U.- fueron rechazadas tras la apertura de la proposición económica, por no ajustarse al modelo establecido en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y las tres restantes obtuvieron las siguientes puntuaciones: Gas Natural Servicios SDG, S.A, 30,62, Endesa Energía, S.A.U. 24,24 y Multienergía Verde 14,42, resolviéndose el procedimiento con la conclusión del acuerdo marco con la primera de esas empresas, por formular la oferta económicamente más ventajosa.

Tres son los criterios de adjudicación previstos en el Anexo IV del PCAP, que se puntúan sobre 100 y se multiplican por la ponderación correspondiente: “precio” (75 %) e “índice de evolución de precios” (5 %) a valorar automáticamente, y “calidad de atención al cliente” (20%) sujeto a juicio de valor.

Amén de la pretendida exclusión del procedimiento de la finalmente adjudicataria y de Endesa Energía, S.A.U., que ha de abordarse prioritariamente, la única valoración discutida en sede judicial es la relativa al tercero de los criterios.

Y ello habida cuenta que, como se admite en la demanda, el error en la ponderación del precio ofertado, en el que la recurrente obtuvo mayor puntuación, fue reconocido por el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales; para la valoración del precio, según el Anexo IV del PCAP, se otorga 100 puntos al índice = 0% y 0 puntos al índice mayor de los ofertados y se interpola al resto entre esos extremos; el órgano de contratación, constatado el error, ofreció una convincente explicación: al eliminar los precios de las dos ofertas excluidas, la hoja Excel asimiló la celda vacía a 0 y calculó para las dos ofertas excluidas una baja del 100%, lo que se proyectó en las puntuaciones del resto de las licitadoras.

Sin poner en cuestión esa aclaración, se empeña el letrado recurrente en dotar de relevancia a lo que no es sino un mero error de cálculo, subrayando la notable diferencia entre la puntuación inicialmente otorgada a su representada (11,42) y la que resulta de la recta aplicación del Pliego (22,83); soslaya, empero, que el error afectó a las tres empresas en pugna y que la posición de cada una de ellas se mantuvo inalterada; carece, por tanto, de cualquier trascendencia en la adjudicación.

A)Centrado el debate en sus justos términos, y en lo que atañe a la exclusión de las licitadoras, se funda en la no admisión de la subcontratación en el punto 27 de la Caratula del PCAP.

La subcontratación, regulada en el artículo 227 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCAP), comporta que una empresa contrate a otra para que realice parte de las prestaciones por las que la primera ha sido contratada directamente, que continuara siendo la responsable frente a la Administración de la debida ejecución del objeto del contrato, incluidas las de aquellas prestaciones que hayan sido subcontratadas; y está sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en ese precepto.

Conforme precisa el epígrafe 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) el objeto del contrato es el suministro de gas natural para los edificios e instalaciones de las entidades adheridas al expediente a través de la Central de Contratación Foral de Gipuzkoa.

La concertación con tercero que la recurrente imputa a las otras dos empresas licitadoras, no se refiere a la realización del suministro, en sentido estricto, sino a la atención y relación con el consumidor, y singularmente, al asesoramiento en materia de contratación, facturación, cobro, medida de consumos y demás aspectos derivados del contrato, descritos en el punto 7 del PPT, que se valora a través del antedicho criterio de adjudicación “calidad de atención al cliente”.

De la documentación incorporada al sobre 2 “documentación relativa a los criterios de valoración no evaluables económicamente” colige la defensa actora la existencia de la subcontratación prohibida.

Sin embargo, la inclusión en la red de oficinas de atención al cliente, de lo que Gas Natural denomina “canales colaboradores” (documento bajo la rúbrica “memoria técnica” obrante al folio 507 del expediente administrativo) no resulta acreditativa de la subcontratación en los términos previstos en el art. 227 TRLCAP; si, como señala la recurrente, una de las cuatro direcciones que aparece en esa “memoria” se corresponde con la oficina de la empresa Global Community, no es ese dato que per se denote la voluntad de la licitadora de subcontratar la parcial prestación del objeto del contrato con esa empresa; ha de repararse en que la ejecución con medios externos no lleva de suyo la subcontratación, netamente distinta a la “colaboración” a la que parece circunscribirse la relación entre ambas; ni siquiera es descartable que el servicio de atención al cliente se preste por Gas Natural pero con medios materiales (las instalaciones) de esa otra entidad, lo que permite el art. 63 del Texto Refundido; bien que en la línea de lo argüido por la defensa foral la expresión “centros colaboradores” apunta más a acuerdos comerciales

previos desconectados de la concreta licitación, que a la característica dependencia o subordinación del subcontrato privado celebrado ex post respecto del contrato público principal; siendo ello así, no cabe apreciar el incumplimiento del Pliego en el proceso de selección, en tanto que no se ofertan servicios de atención al cliente subcontratados, será en la fase de ejecución del contrato cuando pueda consumarse una eventual y proscrita subcontratación con tercero.

Y la misma conclusión ha de predicarse respecto de Endesa, ignoto el vínculo que le une con Multiservicios, S.C.P, y Ronico, que se identifican como “puntos de atención” al público en el sobre 2, habida cuenta que la sola mención de dos empresas externas no presupone su ulterior subcontratación.

Desde esa perspectiva, que en el informe técnico de 25 de noviembre de 2016, del Jefe de Servicios Generales de la Diputación demandada, en el que abundaremos a continuación, no se advierta la oferta de servicios subcontratados en ninguna de las proposiciones presentadas, no es en modo alguna indicativa de una errónea o irrazonable valoración que deba ser revisada.

B) En el precitado informe se pondera el único criterio sometido a juicio de valor “calidad de atención al cliente”, que resulta determinante en la adjudicación; así, incólumes las puntuaciones asignadas al “precio” y al “índice de evolución de precios”: 22,83 y 0 respectivamente a Multienergía; 20,73 y 0,25 a Gas Natural, y 18,11 y 0,18 a Endesa, los 20 y 15 puntos atribuidos en el criterio ahora en estudio a las dos últimas, frente a los 3 asignados a Multienergía, son los que procuran a la oferta de Gas Natural la condición de proposición más ventajosa.

Invocada tanto en la resolución impugnada, como en el escrito de contestación, la discrecionalidad técnica como límite a la revisión de la valoración, deviene de obligada cita la jurisprudencia sobre el significado y el ámbito que ha de reconocerse a la doctrina de la discrecionalidad técnica y las posibilidades de control jurisdiccional de los actos de calificación especializada que en ella se apoyan, expresada, entre otras muchas, en la STS de 24 de septiembre de 2014 (rec. de casación nº 1375/2013):

“1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

"Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad (...)"

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho (...)

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites

inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños" .

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico (...).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación. (...)

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cual debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás (...)"

Descendiendo al caso de autos, en el Anexo IV del PCAP se recoge que en la "calidad de atención al cliente":

"Se valorará los recursos humanos puestos a disposición, la red de oficinas próximas, los canales de atención al cliente, el servicio de gestión de incidencias y otros servicios (facturación y datos de consumo). Para más información ver apartado 7 del PPT."

En ese apartado del PPT se dispone que las empresas deberán incluir en el sobre 2 de su oferta una memoria explicativa incluyendo los aspectos a valorar que serán al menos los siguientes:

"-Persona designada para la gestión e interlocución, perfil, canal de contacto (en su caso nº de teléfono), estructura de apoyo y ubicación de su centro de trabajo.

-Red de oficinas de atención al cliente: telefónica, web, etc.

-Servicio de gestión de incidencias.

-Otros servicios: facturación y datos de consumo".

En el aludido informe técnico de 25 de noviembre de 2016 se efectúa la valoración de cada una de las ofertas, explicitando las omisiones de las que adolece la presentada por la recurrente, que vendrían a justificar la exigua puntuación que le es otorgada:

“(…)hace una indicación muy ambigua de esa estructura de apoyo y en la dirección que señala no se observa ninguna delegación u oficina de Multienergía (en su oferta no dice que lo sea), ni otra oficina comercial.-Es muy evidente la omisión que esta empresa hace en su oferta de la base de su gestor del contrato, ya que es un dato sin duda relevante (el resto de los licitadores lo indican expresamente). El hecho de que no indique que este gestor pertenece al centro de Okendo 13, deja claro que no es así y que la referencia que hace de esta oficina o local es absolutamente insuficiente. Asimismo, su afirmación de que su gestor comercial se desplazará a cualquier municipio cuando se requiera sin saber al menos cuál es su base de operaciones, es totalmente vacía, ya que pudiera ocurrir, y la omisión de un dato tan relevante así nos hace suponer, que este gestor estuviera en Zaragoza o en otra base lejana”.

Destaca el valor que ha de darse a la cercanía del gestor comercial:

“(…)la gestión de los múltiples contratos que se van a derivar de este acuerdo marco (63) da lugar a múltiples gestiones (...) con los responsables de cada entidad, muchas de las cuales pueden resolverse de manera telemática (teléfono o mail), pero que en otras es necesaria o al menos conveniente resolverlas de forma presencia (...)”.

Y añade, por último, que Multienergía:

“(…)explica que tiene atención 24 horas y web, pero no da ningún dato adicional”.

Es de ver que en la demanda no se desmienten las apreciaciones del informante en cuanto a las omisiones detectadas en la oferta de la actora, ni su relevancia en la contratación; tampoco se censura la valoración que en el informe se efectúa de las presentadas por el resto de las licitadoras, y en particular, la de Gas Natural que resultó adjudicataria.

Sustenta la defensa actora su impugnación en la similitud de los servicios ofertados por Multienergía y EDP Comercializadora SAU, excluida de la contratación, pero que obtuvo en el criterio en cuestión 20 puntos frente a los 3 de la recurrente.

Con carácter previo denuncia la falta de un juicio comparativo de todas las ofertas, motivada y desglosada en cada uno de los apartados, que no se compadece con el contenido del informe, en el que se valoran individualmente cada una de las ofertas y en el “resumen” aun de forma escueta se efectúa el juicio comparativo que echa de menos el letrado, lo que impide tildar de inmotivada la controvertida valoración.

Sucede además que no se da la alegada equivalencia de las ofertas de las dos empresas traídas a comparación, singularmente, en el aspecto de la presentada por Multienergía que el informe valora de forma más negativa “Persona designada para la gestión e interlocución, perfil, canal de contacto (en su caso nº de teléfono), estructura de apoyo y ubicación de su centro de trabajo”: la omisión de la base del gestor del contrato, que hace suponer al informante que se halla en Zaragoza, donde está radicada la empresa –sospecha que confirma el silencio de la demanda al respecto- no es atribuida en el informe a EDP, respecto de ella se dice: “EDP propone una gestora comercial para la gestión del contrato en su oficina de Donostia ...” y efectivamente, en su oferta, en el epígrafe “gestor comercial adscrito al contrato...” designa una persona de contacto e indica su centro de trabajo en la calle Txurruka de San Sebastián. La semejanza la encontramos en la ausencia de la obligada “estructura de apoyo”, que si en el caso de Multienergía se califica de “ambigua” en la oferta de EDP es inexistente, lo que es

indicativo de una sobrevaloración de la oferta de EDP, en tanto que, pese a esa omisión, se le atribuye la puntuación máxima.

Dicho lo cual, la sola comparación de esas dos ofertas en modo alguno puede amparar el incremento de la puntuación asignada a la recurrente en el criterio “calidad de atención al cliente” hasta alcanzar los 18,15 puntos precisos para igualar la puntuación total de la vencedora (40,98 euros), que a diferencia de las examinadas, en el aspecto ahora discutido, adecúa su proposición a las exigencias del Pliego, al designar un gestora principal y una gestora APP en su centro de trabajo sito en San Sebastián, con una estructura de apoyo (soporte zonal) en cuatro comarcas guipuzcoanas, identificando el personal propio que la conforma.

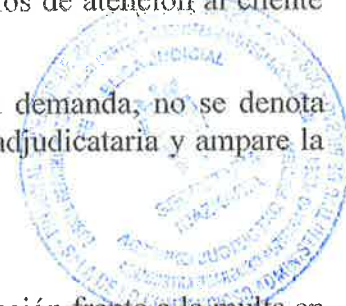
Para dar íntegra respuesta a las alegaciones de la actora, se ha de significar que ni la sola inclusión en la oferta de la totalidad de los aspectos sometidos a criterios no económicos, que el Pliego define, lleva de suyo la asignación de la máxima puntuación, necesariamente condicionada a la valoración técnica del órgano de contratación, ni, como se ha visto, es ese el caso de Multienergía.

Y por último, que el expediente de contratación tramitado en el Ayuntamiento de Zarautz no es útil, ni siquiera orientativamente, aun cuando el Pliego que la rige contenga cláusula idéntica, en el análisis de la valoración técnica efectuada en el presente, máxime cuando se desconoce la concreta documentación aportada en aquel por EDP y la recurrente, y el suministro contratado es de un alcance manifiestamente inferior (en el contrato litigioso son 63 las entidades adheridas y 673 los puntos de suministro), con incidencia en la calificación y suficiencia de los distintos servicios de atención al cliente ofertados por las licitadoras.

En consecuencia, contrariamente a lo pretendido en la demanda, no se denota error, discriminación o valoración irracional, que desplace a la adjudicataria y ampare la conclusión del acuerdo marco con la actora.

CUARTO.- Le asiste, no obstante, razón en su impugnación frente a la multa en importe de 1.000 euros acordada por el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, habida cuenta que no se da el supuesto legal que habilita su imposición (art. 47.5 del TRLCAP).

No aprecia esta Sala comportamiento malicioso en la interposición del recurso especial, articulado en base a motivos reiterados en esta sede, que si bien han devenido infructuosos, no adolecen en su completitud de la inconsistencia o liviandad que el Tribunal le imputa, ello sin perjuicio de las reprobables expresiones empleadas en el escrito de recurso por el administrador de la mercantil contra el funcionario que suscribe el informe de valoración, que, sin encaje en los conceptos a los que el anterior precepto anuda la multa (temeridad o mala fe procesal), no compete al Tribunal depurar y corregir.



Procede, por lo expuesto, el acogimiento parcial del presente recurso con anulación de la resolución recurrida, en lo que concierne a la multa, confirmándose en lo demás.

QUINTO.- Dada la parcial estimación del recurso, no ha lugar a la imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación la caso del pleito, la Sala emite el siguiente,

FALLO

QUE ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 187/17 FORMULADO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES D. ENRIQUE ALFONSO MASIP EN REPRESENTACIÓN DE MULTIENERGÍA VERDE, S.L. CONTRA LA RESOLUCIÓN 4/2017, DE 23 DE FEBRERO, DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSOS CONTRACTUALES, QUE DESESTIMA EL RECURSO ESPECIAL INTERPUESTO CONTRA LA ORDEN FORAL 1228/2016, DE 9 DE DICIEMBRE, DEL DIPUTADO DEL DEPARTAMENTO DE GOBERNANZA Y COMUNICACIÓN CON LA SOCIEDAD DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA, POR LA QUE SE RESUELVE CONCLUIR CON LA EMPRESA GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. EL ACUERDO MARCO PARA LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE GAS NATURAL A TRAVÉS DE LA CENTRAL DE CONTRATACIÓN FORAL DE GIPUZKOA (X16023), E IMPONE MULTA DE 1.000 EUROS. Y DECLARAMOS DISCONFOME A DERECHO Y ANULAMOS LA MULTA IMPUESTA, CONFIRMANDO DICHA RESOLUCIÓN EN LO DEMÁS, SIN IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0187 17, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el

campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 19 de febrero de 2018.

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original a que me remito. Y para que así conste, libro el presente en Bilbao, a veintiséis de febrero de dos mil dieciocho.

