

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 13 de septiembre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.A.V., en representación de la empresa Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A. (en adelante Ortiz), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Madrid de fecha 26 de julio, por la que se adjudica el lote 2 del Acuerdo marco de las obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios, cuya competencia corresponde al Distrito Latina para el año 2018-2019, número de expediente 110/2017/05256, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Madrid de fecha 22 de febrero se convocó mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios el Acuerdo marco de referencia, con una duración de un año.

La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE en fecha 1 de marzo en el BOE en fecha 7 de marzo y en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 4 de marzo, donde se ponían a disposición de los licitadores los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas que regirán el procedimiento de

contratación. El valor estimado del acuerdo marco asciende a 6.566.942,16 euros.

A la licitación del lote dos del acuerdo marco de referencia se han presentado doce licitadores incluida la recurrente, habiendo sido excluida una de ellas por no subsanar correctamente la documentación administrativa.

**Segundo.-** Interesa destacar el apartado 22 del anexo 1 del PCAP que recoge los criterios de valoración de las ofertas presentadas, en especial aquellos que serán valorados tras formular un juicio de valor por los técnicos municipales:

*Criterios no valorables en cifras o porcentajes:*

- 1. Organización de los trabajos. Hasta 15 puntos.*
- 2. Plan de ahorro energético. Hasta 5 puntos.*
- 3. Compromiso de los licitadores de incrementar las exigencias mínimas previstas en la normativa aplicable a través de medidas adicionales que se concretarán en la Memoria y planificación de accesibilidad universal .y diseño para todos. Hasta 5 puntos.*

*TOTAL: 25 puntos*

*1. Organización de los trabajos:*

*Se valorará el contenido, grado de detalle y coherencia, del plan de trabajo, de la organización, de los procesos de ejecución y medidas de seguridad propuestas por el licitador. Obtendrán la máxima puntuación las ofertas que presenten planes y memorias más completas y pormenorizadas, describiendo: las previsiones del plan con la explicación detallada de la organización y organigrama operativo para la ejecución de las obras, incluyendo memoria con referencia expresa al proceso de ejecución de cada tipo de obra con detalle de las actividades, teniendo en cuenta el grado de coordinación de las mismas, medidas adoptadas para reducir las interferencias de las obras con los peatones, vehículos y en su caso a usuarios y en general las que se propongan para velar por la seguridad de los procesos constructivos tanto respecto a la propia obra como respecto a terceros. Para la valoración de este criterio se asignarán la siguiente puntuación:*

- a) Plan de trabajo 7 puntos*

*b) Proceso de ejecución 4 puntos*

*c) Medidas de seguridad 4 puntos*

*Este criterio de adjudicación tiene el carácter de obligación contractual esencial a los efectos del artículo 223. f) del TRLCSP, por lo que su incumplimiento podrá ser causa de resolución del contrato.*

## 2. Plan de ahorro energético

*Se valorará cualitativamente el contenido, grado de detalle y el mayor grado de coherencia del plan de ahorro energético propuesto por el licitador. Se considerará la descripción de las buenas prácticas en la ejecución de las obras que permitan mejorar el consumo energético, así como las actuaciones para la mejora de la eficiencia energética de las instalaciones y elementos constructivos que se ejecuten con cargo a este contrato y la reducción de emisiones contaminantes a la atmósfera.*

*Esta valoración se efectuará sobre los parámetros que se encuentren por encima de los mínimos establecidos en la cláusula 21 Plan de Ahorro Energético del Pliego de Prescripciones Técnicas. Para la valoración de este criterio se asignarán hasta 5 puntos.*

## 3. Compromiso de los licitadores de incrementar las exigencias mínimas previstas en la normativa aplicable a través de medidas adicionales que se concretarán en la Memoria y planificación de accesibilidad universal y diseño para todos.

*Se valorará con 5 puntos el compromiso de los licitadores de incrementar las exigencias mínimas previstas en la normativa aplicable. Esta normativa es la indicada en el anexo V del pliego de prescripciones técnicas a modo enunciativo, valorándose con un máximo de 5 puntos el compromiso de los licitadores de incrementar las exigencias previstas en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, así como en el Documento Básico DB-SU Seguridad de utilización y accesibilidad específica, parámetros objetivos y procedimientos, cuyo cumplimiento asegura la satisfacción*

*de las exigencias básicas y la superación de los niveles mínimos de calidad propios del requisito básico de seguridad de utilización y accesibilidad.*

*Este compromiso se ha de articular a través de medidas adicionales que se concretarán en la Memoria y planificación de accesibilidad universal y diseño para todos. Las medidas adicionales han de estar referidas, en todo caso, a todos o a algunos de los siguientes aspectos:*

*Las necesidades generales de todos los usuarios.*

*La Seguridad en vías de acceso, evacuación y dispositivos de control o de acceso. Incrementos en las tecnologías activas o pasivas asociadas a los elementos constructivos”.*

La Mesa de contratación en su sesión fecha 16 de abril de 2018 procede a la apertura de los sobres que contienen la oferta técnica y que no serán valoradas mediante la aplicación de fórmulas. Con fecha 17 de mayo de 2018, se elabora informe por los Técnicos Municipales a fin de formular la propuesta de puntuación de las ofertas tras establecer el oportuno juicio de valor técnico.

Dicho informe y previamente a abordar la propuesta de valoración, establece el criterio empleado para la calificación de las ofertas. Posteriormente de forma detallada y motivada analiza cada una de ellas calificándola bajo los criterios establecido en los PCAP, que a su vez también ofrecen un detalle y subvaloraciones por conceptos de forma minuciosa.

Con fecha 7 de junio de 2018 se propone a la Mesa de Contratación las puntuaciones por la oferta técnica presentada por los distintos licitadores, aceptando el órgano colegiado la proposición técnica y procediendo a la apertura del sobre que contiene los criterios calificables mediante fórmula matemática y la oferta económica.

Con fecha 15 de junio de 2017, la licitadora en este momento y ahora recurrente, solicita acceder al expediente de licitación y concretamente a las ofertas presentadas por el resto de licitadores.

El departamento de contratación del distrito de Latina, mediante su buzón de correo electrónico, solicita a todas las empresas participantes que determinan la parte o partes de la documentación presentada en el sobre 2 en el procedimiento que nos ocupa que debe ser considerada confidencial a efectos de no mostrarse a los licitadores que deseen acceder al expediente.

Las empresas UTE OHL servicios INGESAN, S.A. y Obrascón Huarte Lain S.A.; Becas, S.A., Ferroviaria Agromán, S.A., y por último Eiffage Energía, S.A.U. comunican al órgano de contratación las partes de sus documentaciones que deben ser consideradas confidenciales.

Con fecha 26 de julio se adjudica el contrato a las empresas en compromiso de UTE OHL servicios INGESAN, S.A. y Obrascón Huarte Lain, S.A. con una puntuación total de 94,34 puntos quedando clasificada en segundo lugar la recurrente con una puntuación total de 90,00 puntos.

Con fecha 9 de agosto de 2018, dos representantes de la empresa Ortiz acceden al expediente de contratación incluyendo la documentación técnica presentada por las empresas licitadoras, una vez se ha omitido aquellas partes consideradas confidenciales.

**Tercero.-** El 14 de agosto de 2018 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A. Se ha de indicar que tras la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público del texto del informe emitido por el órgano de contratación contra este recurso, la mercantil ha presentado ante este Tribunal alegaciones a dicho informe del órgano de contratación, en fecha 9 de septiembre de 2018.

El recurso presentado el 14 de agosto, pretende anular la adjudicación acordada y retrotraer el procedimiento hasta el momento de valoración de las ofertas, basándose en la incorrecta puntuación de la oferta presentada por las

empresas OHL servicios INGESAN S.A. y Obrascon Huarte Lain, S.A. en compromiso de UTE y la incorrecta puntuación de su oferta en comparación con la obtenida por el resto de licitadores, lo que deriva, según sus apreciaciones, en un trato desigual entre licitadores.

Alega así mismo que la declaración de confidencialidad efectuada no es conforme a derecho, toda vez que esta declaración se ha de efectuar con la presentación de la oferta y debe ser admitida por el órgano de contratación y en consecuencia solicita la visión de toda la documentación presentada por el resto de licitadoras, en especial la correspondiente a la adjudicataria.

El 14 de agosto de 2018 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 transpone 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.-** Con fecha 5 de septiembre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las empresas en compromiso de UTE que resultan adjudicatarias de este, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 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 26 de julio de 2018, practicada la notificación el 30 de julio de 2018, e interpuesto el recurso, en el Registro de este Tribunal, el 14 de agosto de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de uno de los lotes en que se divide un Acuerdo marco 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.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra las puntuaciones otorgadas por la Mesa de contratación a las ofertas técnicas presentadas a la licitación, así como por la extemporaneidad de la declaración de confidencial de parte de dicha documentación por alguna de las empresas licitadoras.

Opone así mismo la recurrente la consideración de parte de la documentación de varias licitadoras como confidencial fundamentando esta oposición en la determinación de la parte confidencial en fase posterior a la presentación de las ofertas y la imposibilidad de fundamentar adecuadamente sus pretensiones al no conocer la totalidad de la oferta, vulnerando así los principios de transparencia.

El principio de transparencia contemplado en el artículo 139 del TRLCSP se traduce en la necesidad de permitir a los licitadores el acceso a los documentos que forman parte del expediente de contratación, con las limitaciones que impone el deber de confidencialidad que resultan explicitadas en los artículos 140 y 153 TRLCSP, que se han de interpretar conforme a los criterios establecidos tanto por los Tribunales competentes para resolver el recurso especial, como por las Juntas Consultivas. En todo caso conviene señalar que el acceso a la oferta de la adjudicataria que forma parte del expediente, es instrumental de cara a la fundamentación de las acciones que la recurrente considere necesario ejercitar en defensa de sus legítimos intereses, tal y como se indicaba en la Resolución 243/2016, de 14 de noviembre, de este Tribunal y la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública *“la transparencia es un principio de mercado carácter instrumental, pues su objetivo no es meramente formal, sino que busca generar competencia, de forma que una mayor concurrencia empresarial redunde en mayor eficiencia. La transparencia es un instrumento que ha de garantizar la eficiencia de los fondos públicos, de forma que en aras de ese principio de transparencia, los contratos tienen que someterse a una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (...)”* y que el derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten viene recogido por diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, asuntos T- 461/08 y T- 298/09. No obstante para resolver esta cuestión pueden aplicarse los principios inspiradores de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en cuyos artículos se establece la obligación de transparencia de los poderes públicos y el suministro de información sobre sus actividades, con las limitaciones determinadas en la misma.

Pero no podemos olvidar que el interés del mantenimiento de secretos comerciales, de datos personales o de propiedad intelectual por parte de la empresa

adjudicataria, también es legítimo y resulta amparado por la Ley. Así el artículo 140 del TRLCSP establece que *“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”*.

Debe pues resolverse el conflicto de intereses planteado. Para ello el artículo 153 del TRLCSP en la regulación de la notificación de la adjudicación permite que determinados datos no se comuniquen bajo determinadas circunstancias y con condiciones si así se ha declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d). Por su parte el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE establece respecto de la confidencialidad *“1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”*.

Es preciso tener también en cuenta el Informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, *“Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores”*, que establece las pautas para interpretar el artículo 124 del TRLCSP.

Para delimitar el alcance del concepto pueden considerarse las siguientes fuentes:

- Definición de la Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio, de secretos comerciales o *know how*, “definiendo por tal la información que reúna todos los requisitos siguientes: a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) tener un valor comercial por su carácter secreto; c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control”.

- Otra norma que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar qué sea confidencial es el Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC, artículo 39 “Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información: a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”.

- Por último la definición del TGUE en la Sentencia de 16 de diciembre de 2010, T-19/07 “Los secretos comerciales son informaciones técnicas relativas al ‘know-how’ que no sólo no pueden divulgarse al público sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente a los intereses de éste (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 18 de septiembre de 1996, Postbank/Comisión, T-353/94, Rec. p. II-921, apartado 87). Para que la información técnica entre, por su propia naturaleza, dentro del ámbito de aplicación del artículo 287 CE, es necesario, en primer lugar, que sólo la conozca un número restringido de personas. Además, debe

*tratarse de información cuya divulgación puede causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado o a un tercero. Por último, es necesario que los intereses que la divulgación de la información puede lesionar sean objetivamente dignos de protección (sentencias del Tribunal de 30 de mayo de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comisión, T-198/03, Rec. p. II-1429, apartado 71, y de 12 de octubre de 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Comisión, T-474/04, Rec. p. II4225, apartado 65)” (apartado 80). Junto con el concepto de secreto comercial, debemos considerar la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. El artículo 10 considera como objeto de propiedad intelectual, todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas, “los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería”, (consideramos que cabe entender la ingeniería informática), y los programas de ordenador, entre otras, incluso las bases de datos en los términos de su artículo 12. Por lo tanto, en conclusión, tanto el contenido intelectual de los proyectos que supongan el desarrollo y concreción de una idea, como el valor comercial de la misma, y los elementos patentados que contengan, otorgan a la oferta en su condición de proyecto el carácter de confidencial. No podría ser de otro modo si a través de la compra pública se pretende además fomentar la innovación, la investigación y el desarrollo, tal y como se expone en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 27 de octubre de 2010 titulado “Hacia un Acta del Mercado Único por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos” COM (2010) 608 final.*

Este Tribunal ha recogido en numerosas resoluciones la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (actual Junta Consultiva de Pública del Estado), sentada entre otras en el Informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, que establece como tercer requisito para la declaración de confidencialidad “3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular

*la oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad*". Ello no debe llevarnos a la confusión de considerar que el TRLCSP, aplicable al presente contrato, establece un momento preclusivo para la declaración de confidencialidad, - a diferencia de la redacción del artículo 133 de la LCSP, que se refiere a "*la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta*",- más bien se trataba de residenciar la iniciativa para la declaración de confidencialidad en la persona del licitador, de manera que si no declaraba confidencial su oferta el órgano de contratación podía presumir razonablemente que no lo era.

Caso distinto es el que se produce cuando el órgano de contratación solicita información *ad hoc*, sobre las partes confidenciales de la oferta, que no se pueden desconocer a juicio de este Tribunal, por el hecho de no haberse especificado inicialmente. No obstante lo anterior sería una práctica recomendable incluir en los pliegos entre la información a trasladar con la oferta la de aquella parte que se considere confidencial con el doble objeto de proteger adecuadamente los derechos de todos los licitadores y de evitar declaraciones desmesuradas de confidencialidad, en función de si los licitadores a los que se solicita tal información, son o no adjudicatarios, que dificultan la labor del órgano de contratación y el derecho de defensa del resto de licitadores.

Sentado lo anterior y siguiendo la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales y valga por todas ellas la resolución 847/2017, de 27 de octubre, considera que la declaración de confidencial de parte de la documentación aportada en la fase de licitación puede efectuarse en cualquier momento desde la presentación de la oferta, sin tener obligatoriamente que constar en dicha presentación el alcance de la confidencialidad, máxime cuando es el propio órgano de contratación quien solicita dicha declaración una vez valoradas las ofertas.

Por otra parte, este Tribunal ha procedido al examen de las partes de la oferta declarada confidencial por parte de la adjudicataria, apreciando que dicha declaración está justificada y que la memoria presentada para la valoración del

criterio número 3: “compromiso de los licitadores de incrementar las exigencias mínimas previstas en la normativa aplicable a través de medidas adicionales que se concretarán en la Memoria y planificación de accesibilidad universal y diseño para todos”, declarada confidencial en su mayor parte, no ha sido valorada salvo en el compromiso de incremento de exigencias, documento que no se ha considerado confidencial. Por lo que el resto de documentación y su carácter no es determinante para la sustentación de este recurso.

Por todo lo expuesto este Tribunal considera que no procede retrotraer el expediente para su examen ni conceder nuevo acceso en su sede al recurrente.

Como segunda oposición el recurrente en relación con la calificación obtenida por su empresa, la aplicación de distintas consideraciones a la hora de puntuar y justificar cada uno de los subapartados de los criterios no valorables mediante aplicación de fórmula.

Indica expresamente en cuales de los subapartados de cada criterio se observa la desigualdad de puntuación manifestada.

Apartado 22.1. Organización del trabajo: la recurrente obtiene 13 puntos mientras la adjudicataria obtiene 15. Pone de manifiesto que la hoy adjudicataria ha rebasado en mucho el límite de la extensión de la memoria técnica a presentar, tal y como indican los PCAP. No debiéndose haber valorado aquellas páginas que sobrepasan el volumen permitido.

Apartado 22.2. Plan de ahorro energético. Justifica la recurrente que mientras a otras licitadoras (Fernández Molina Obras y Servicios, S.A., UTE Eulen, S.L.- Instalación Directa, S.L. y Taga, S.A.) han sido puntuadas por la presentación de un plan de ahorro energético, en la valoración de la oferta presentada por Ortiz no se ha valorado y ni siquiera se menciona la aportación de una auditoria de eficiencia energética. Sucediendo lo mismo en relación con las propuestas concretas de eficiencia energética, así como en las medidas para la reducción de emisiones

contaminantes a la atmosfera ajustadas al objeto del contrato. Documentación aportada por Ortiz pero no valorada.

Apartado 22.3. Compromiso de los licitadores de incrementar las exigencias mínimas previstas en la normativa aplicable a través de medidas adicionales que se concretaran en la memoria y planificación de accesibilidad universal y diseño para todos.

La recurrente indica que la obtención de la máxima puntuación sería para la oferta que incluyera el compromiso y la memoria para implementar medidas adicionales de accesibilidad. De esta forma a otras licitadoras se les califica con una puntuación que no alcanza el total en base a los documentos aportados. Justifica esta aseveración en la puntuación otorgada a BECSA que solo presenta el compromiso de incremento de medidas de accesibilidad y obtiene un punto mientras que Eiffage Energía, S.L.U., presenta la memoria de las medidas pero no el compromiso y por ello obtiene un punto, mientras que en su oferta se ha presentado ambas documentaciones otorgándose solo un punto.

El órgano de contratación en su escrito al recurso, indica que en relación con la extensión de la documentación aportada por la adjudicataria, se procedió a revisar y al comprobar la veracidad de la información, solo se ha puntuado aquello que constaba en las páginas máximas permitidas, obviando el resto, de esta forma se varía su puntuación en el último apartado, es decir el 2.3 de 4,5 puntos a 1 punto, por no poder valorar los folios que rebasaban el límite impuesto.

En cuanto a las alegaciones formuladas en relación a apartado 2.3, manifiesta que comprometerse y/o aportar memoria se ha valorado con un punto a todas las empresas, *solo Ferrovial Agroman ha obtenido dos puntos por presentar estudios completos de accesibilidad.*

Este Tribunal considera que la oferta presentada por la adjudicataria en sus cinco primeras páginas se reduce a la aportación de un compromiso de adoptar

medidas adicionales y a la definición de ciertos conceptos en relación con la accesibilidad por lo tanto solo sería valorable el compromiso. Así mismo se han revisado las puntuaciones obtenidas por las licitadoras que solo han aportado el compromiso de adoptar medidas adicionales en materia de accesibilidad, comprobando que efectivamente obtienen un punto.

En relación al apartado 2.2 no se valora ninguna oferta en cuanto a la presentación de una u otra documentación, sino tal y como se expresa en los PCAP *“se valorará cualitativamente el contenido, grado de detalle y el mayor grado de coherencia del plan de ahorro energético”*. Concreta así mismo que la oferta de la recurrente presenta una serie de actuaciones a costa de la administración, pero no oferta la realización de alguna, por lo que se no valora este aspecto en su oferta, manifestando que *“si bien si presenta una serie de buenas prácticas en la ejecución de las obras no propone actuaciones de mejora de la eficiencia energética en dichas obras”*.

Expuestos los fundamentos del recurso y la posición del órgano de contratación sosteniendo la adecuación a derecho de la decisión adoptada basada en la discrecionalidad técnica de la que goza a la hora de valorar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, procede resolver el recurso.

Hemos de partir del hecho de que los criterios de adjudicación figuran en un PCAP que no fue impugnado, convirtiéndose en *lex contractus*.

En cuanto a la fijación de los criterios de adjudicación, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación, como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de los encargados de la valoración.

Los criterios que figuran en el PCAP evaluables mediante un juicio de valor tienen una formulación concreta y rigurosa, determinando las reglas de ponderación o atribución de importancia a alguno de los elementos evaluables más allá de su enumeración, lo cual facilita la objetividad y transparencia que debe presidir la actuación del sector público.

Por su parte el informe técnico que valora las propuestas técnicas y propone su calificación, específica a su inicio los criterios que utilizara para puntuar las distintas ofertas, siempre de conformidad con las reglas ya establecidas en el PCAP.

El análisis y evaluación de las ofertas presentadas de conformidad con los baremos fijados en los pliegos, vienen amparados por lo que tradicionalmente se ha denominado discrecionalidad técnica, respecto de la que se han pronunciado reiteradamente los Tribunales. Se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración, en cuanto aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, y sus apreciaciones sólo se justifican sobre la base de la presunción iuris tantum de imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2014, recurso 1375/2013, fija el marco de control del poder discrecional frente a la arbitrariedad y su pariente próximo la discrecionalidad extralimitada. Respecto del contenido de la motivación se declara que debe cumplir al menos estas condiciones:

- 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.
- c. Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato sobre los demás.

La más reciente STS 813/2017 de 10 de mayo, dictada en el recurso 2504/2015, 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. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

Este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, sobre la puntuación que corresponde a criterios sujetos a juicio de valor. Ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

Los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

Así respecto de las cuestiones invocadas una de ellas, la extensión de la memoria ha sido asumida por el órgano de contratación procediendo en consecuencia a rectificar el inicial informe y puntuación de los que se desprendía

inicialmente que la oferta mejor clasificada era la presentada por COARSA, S.A., no obstante al ser también la más ventajosa en relación con el lote 1, las reglas de distribución de lotes establecidas en los PCAP provocan que la adjudicación recaiga en el compromiso de UTE de las empresas OHL Servicios Ingesan, S.A. y Obrascón Huarte Lain, S.A.

El principal reproche que hace el recurso es la vulneración del principio de igualdad, por la diferente apreciación de los técnicos del contenido de uno y otros documentos, memorias o compromisos. Desigualdad que opone el órgano de contratación en su informe contra el presente recurso y que justifica y motiva en todos sus apartados. El Tribunal no puede sustituir el juicio técnico amparado en la discrecionalidad motivada en el informe de valoración.

La invocación del principio de igualdad de trato exige una coincidencia sustancial de los contenidos, lo que en ningún caso se da en el presente caso pues aun apreciando el Tribunal cierta similitud o igualdad en algunos aspectos parciales de la memoria técnica, ello no supone una identidad de contenidos, lo que permite la valoración con puntuaciones diferentes. La identidad parcial no permite aplicar el silogismo de igual puntuación total.

Como señala la STS de 4 de octubre de 2002, para que exista la vulneración del principio de igualdad de trato se requiere igualdad de supuestos, circunstancia que en el caso que nos ocupa no concurre, ya que las ofertas analizadas son técnicamente diferentes y, según el informe de valoración, las diferencias puestas de manifiesto son las que determinan la diferente puntuación. La invocación de desigualdad se ha producido en la puntuación obtenida en los apartados 2.2 y 2.3. Ciertamente la acreditación de error o desigualdad son uno de los elementos que permiten a los tribunales corregir la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación a fin de aplicarlo a todos por igual. De ser así, de existir identidad en el contenido de las ofertas, en el caso que nos ocupa, procedería que el Tribunal atribuya la misma puntuación a ambos competidores. Sin embargo no podemos aceptar que se dé el supuesto de identidad de ofertas.

Dicho todo lo anterior, es necesario destacar que la rectificación de errores materiales sin mayor trámite que la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común en su artículo 109.3 debe limitarse a errores de hecho, aritméticos o mecanográficos no considerando la alteración de la puntuación obtenida por un licitador integrada, en el alcance de esta norma.

La aplicación del límite en la extensión de un proyecto y con ello la variación de la puntuación obtenida, debe ser revisada conforme a los principios administrativos sobre competencia de los órganos aún, cuando no se vea alterado el contenido del acto principal que es la adjudicación.

Examinados los argumentos del recurso en cuanto a la posible vulneración del principio de igualdad en relación a la calificación de las ofertas técnicas de la recurrente en relación con otros licitadores, no procede estimar el recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 Ortiz Construcciones y Proyectos S.A., frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Madrid de fecha 26 de julio, por la que se adjudica el lote 2 del Acuerdo Marco de las obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios cuya competencia corresponde al Distrito Latina para el año 2018-2019. Número de expediente 110/2017/05256.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**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.