

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

En Madrid, a 11 de julio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Menomarlin Franchise S.L. y Asensio & Bustamante S.L., en compromiso de UTE (en adelante la UTE) contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Majadahonda de 17 de mayo por la que se excluye la oferta de la recurrente al no alcanzar la puntuación mínima establecida para pasar de fase en la licitación al contrato de “Servicios que conllevan prestaciones directas a la ciudadanía de la escuela infantil Talín” número de expediente 23/2024 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el día 5 y 7 en el DOUE y en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Majadahonda, alojado en la PCSP respectivamente, se convocó la licitación mediante procedimiento de urgencia del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.773.108,09 euros y su plazo de duración será de 44 meses.

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

Segundo. - El procedimiento de licitación que nos ocupa ha sufrido dos desistimientos por parte del órgano de contratación al evidenciarse infracciones del ordenamiento jurídico. Este dato es necesario para abordar la resolución del presente recurso, entendiendo que cada procedimiento de contratación es único en sus derechos, obligaciones e informaciones expresadas.

Llegado el momento procesal de conocimiento e informe del proyecto técnico que se constituye en criterio de adjudicación sometido a juicio de valor, que en este caso conlleva la participación de un comité de expertos, se procede a calificar dicho proyecto, siendo necesario que la oferta alcance una puntuación mínima de 29 puntos, al objeto de poner pasar de fase y proceder a la apertura y calificación de los criterios de adjudicación calificables de forma automática.

El apartado 21 del cuadro resumen del PCAP establece el contenido del proyecto educativo y de organización del centro que será evaluado mediante juicio de valor, limitándose a enumerar los aspectos valorables y su puntuación máxima, sin división en subapartados en ninguno de los casos. Añade la obligación de que las ofertas alcancen una puntuación mínima de 29 puntos para proseguir en la licitación.

Con fecha 13 de mayo se emite el informe técnico elaborado por el comité de expertos en el que se califica el proyecto técnico y de organización de todas las ofertas. Dicho informe es asumido por la mesa de contratación en su sesión de fecha 15 de mayo de 2024 quien a su vez excluye al recurrente por no haber alcanzado su oferta el umbral mínimo de 29 puntos establecido en el apartado 21 del cuadro resumen del PCAP.

Con fecha 17 de mayo la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Majadahonda acuerda la exclusión de la oferta de la UTE recurrente, siendo notificado este acto en el mismo día.

Tercero. – El 7 de junio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Menomarlin Franchise S.L. y Asensio & Bustamante S.L., en el que solicita la anulación de su exclusión por varias casusas que serán tratadas de forma individualizada en el fundamento quinto de derecho de esta Resolución

El 19 de junio de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto. - En el propio recurso especial en materia de contratación la recurrente solicitaba la suspensión del procedimiento. Por su parte el órgano de contratación amparándose en la tramitación por urgencia de este expediente, se opuso a dicha suspensión.

Este Tribunal, valorando los efectos de la suspensión y de la no suspensión del procedimiento y el plazo de resolución medio que mantiene, ha considerado no acordar medida cautelar alguna.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En plazo y forma se presenta escrito de alegaciones por la ya adjudicataria de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho de esta Resolución.

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 excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 17 de mayo de e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 7 de junio de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso se basa en diversos motivos que analizaremos de forma individualizada para su mejor exposición.

5.1 Indefinición de los criterios de adjudicación que precisan de juicio de valor para su calificación.

El recurrente manifiesta que el cuadro recogido en el apartado 29 del cuadro resumen del PCAP, enuncia los conceptos que serán puntuables, sin desarrollar el contenido que el proyecto debe observar en relación a cada uno de ellos.

Considera que es ya antigua y pacífica la doctrina y jurisprudencia que exige que los criterios de valoración calificables mediante juicio de valor deban estar suficientemente desarrollados para que cualquier licitador diligente sepa a ciencia cierta que es y cómo se va a evaluar un criterio de esta naturaleza.

El órgano de contratación niega que exista falta de detalle en la determinación de los subcriterios que desarrollan el criterio de adjudicación relativo a proyecto educativo y organizativo del centro.

Pero a mayor abundamiento recuerda que estos pliegos no fueron impugnados y qué, por tanto, en este momento procesal no se puede poner en duda su contenido, que ha sido admitido en su integridad y sin merma alguna, al presentar oferta a la licitación. En definitiva, considera que este motivo de recurso es extemporáneo.

El adjudicatario nada menciona al respecto en su escrito de alegaciones.

Este Tribunal no puede más que dar la razón al órgano de contratación y considerar que efectivamente este motivo de recurso es extemporáneo, sin que sobre su motivación pueda aplicarse la doctrina jurisprudencial recogido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, eVigilo Ltd., que establece, (en lo que trae al caso): *“que procede declarar que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que el hecho de que tales criterios sean incomprensibles o carezcan de claridad puede constituir una infracción de la Directiva 2004/18.*

Cualquier licitador diligente hubiera comprobado si los subapartados en los que se divide la puntuación del proyecto referido estaban o no suficientemente detallados,

por lo que no se dan las causas para admitir una impugnación indirecta de los pliegos de condiciones, siendo doctrina constante de este Tribunal recogida en multitud de resoluciones valga por todas la Resolución 112/2023 de 16 de marzo.

Por todo lo cual se inadmite este motivo de recurso por extemporáneo.

5.2 Indebida inclusión de documentación en la licitación.

Considera la UTE recurrente que se han incluido datos sobre criterio de valoración calificables mediante formula en el sobre dos, que alberga el proyecto educativo calificable mediante juicio de valor. En aplicación del artículo 150 de la LCSP y de la doctrina y jurisprudencia sobre este aspecto, se ha producido una alteración del orden de apertura de ofertas que conlleva la nulidad de todo el procedimiento, por contaminación del juicio de los técnicos evaluadores.

Concretamente en relación con el subapartado “proyecto de exposición a la lengua inglesa”, donde ha comprobado como el adjudicatario, que en el apartado “Enseñando a aprender” hace referencia a las horas dedicadas en lengua inglesa, siendo este un criterio de valoración mediante formula.

El órgano de contratación a este respecto considera que: *«El hecho de que en el informe de valoración se nombre la palabra “horas” en el punto 5 “Proyecto de exposición a la lengua inglesa”, se ha interpretado personalmente por el recurrente para concluir erróneamente que se ha valorado información relativa al SOBRE 3 en el sobre 2. Esta interpretación es subjetiva y no responde a la valoración real realizada por el comité técnico, puesto que valorado el Proyecto en inicio y revisado tras el recurso, en ningún apartado del proyecto de ENSEÑANDO A APRENDER, se indica por el licitador oferta alguna en horas. En el Proyecto educativo de ENSEÑANDO A APRENDER, (pág. 43), NO se especifica ni persona ni horas del proyecto en inglés, sino que únicamente se menciona que será en función de la propuesta presentada en el sobre 3».*

El adjudicatario a este respecto manifiesta: *“Con respecto a la alegación tercera del recurso presentado por la mercantil: “Inclusión indebida de documentación en la licitación”, los recurrentes hacen una interpretación errónea y sesgada de la valoración técnica del apartado 5: “Proyecto de exposición a la lengua inglesa” al tratar de interpretar a favor de su argumentación el contenido de la misma:*

“La justificación pedagógica del proyecto es válida. Se presentan objetivos y contenidos generales, sin secuenciar. Presentan un modelo de Unidad de Programación Didáctica anual, con un enfoque demasiado amplio.

Describen las características generales de los recursos metodológicos materiales y didácticos y se centran con más detalle en aquellos más significativos.

Hacen referencia a la propuesta que van a realizar en cuanto a personal y las horas dedicadas a este proyecto. Definen aquellas actividades más específicas. La evaluación está basada en la observación personalizada, directa y sistemática e incluye la de los propios profesionales y la de la participación de las familias”.

De esta valoración constatan los recurrentes, sin más, que se ha incluido en el sobre 2 información que debería aportarse en el sobre 3, a pesar de que ellos mismos informan en otro párrafo de la alegación que no han encontrado ese dato en la documentación aportada por el Ayuntamiento de Majadahonda.

Manifestamos que, en ningún apartado de nuestro Proyecto, se indica oferta alguna en horas y para ello aportamos en documento adjunto el apartado 5 de dicho proyecto tal y como aparece en la licitación, reiterándonos que en él no hay ningún dato, ni referencia al número de profesionales que impartirán inglés, ni a las horas que dedicarán a tal fin (ver punto 5.4 del apartado 5 del proyecto).

A la vista de las argumentaciones de las partes y comprobado por este Tribunal la oferta técnica de la adjudicataria, se confirma que no han aportado datos que puedan contaminar el criterio del comité de expertos evaluador. Por lo que en consecuencia se desestima este motivo de recurso.

5.3 Sobre el informe técnico evaluador de las propuestas.

La recurrente manifiesta que el informe indicado carece de motivación suficiente. Recae, al igual que el PCAP en la falta de detalle en la valoración de los subcriterios del proyecto educativo.

Considera que las ofertas no han sido valoradas bajo el principio de igualdad entre ellas, realizando un extensísimo estudio sobre la valoración de cada uno de los subcriterios para cada licitadora, es decir en definitiva ofrece una nueva valoración de las ofertas.

El órgano de contratación a este respecto invoca la doctrina de la discrecionalidad técnica, invocando la doctrina en esa materia.

Por su parte el adjudicatario sobre este extremo indica que los informes técnicos de valoración son un juicio propiamente técnico para el cual son necesarios conocimientos especializados, sobre los que no procede aseverar que se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación.

Vistas las alegaciones de las partes el Tribunal considera que debe valorarse el servicio de acuerdo con la descripción del criterio de adjudicación y la explicación publicada sobre su justificación.

Debe recordarse que los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Igualmente, las características técnicas correspondientes a los productos objeto del contrato corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

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

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 318/2022 de 18 de agosto: *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

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

critérios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

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

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que “la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados’ tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”.

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

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal “*arbitrariedad*” en el juicio técnico, en la valoración realizada a la oferta del adjudicatario, ni falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

5.4 Solicitud de expediente y extensión de la memoria.

Considera la recurrente que por un lado no se la ha ofrecido la totalidad de los proyectos y menos su extensión, que se encuentra limitada según marca el PCAP a 75 folios.

Esta situación ha provocado un doble efecto. Por un lado y según pregunta efectuada al Ayuntamiento de Majadahonda en el periodo de licitación, la extensión total del documento no podrá superar los 75 folios, incluyendo portadas índices y contraportadas. En el caso de superar este número, no se valoraría más que las 75 primeras.

Comprobando la extensión de las ofertas a las que ha tenido acceso concluye que varias de ellas superan la extensión establecida y pese a ello han obtenido la puntuación máxima en el subcriterio correspondiente.

Asimismo, pone de manifiesto que no se han entregado todos los proyectos y que algunos han sido parcialmente declarados confidenciales.

A estas cuestiones se opone el órgano de contratación manifestando:

- En primer lugar, se ha trasladado toda la documentación solicitada con respeto a la confidencialidad declarada por sus autores.
- En segundo lugar, el número de páginas de cada proyecto, que no se ha considerado confidencial en ninguno de ellos, fue remitido mediante correo electrónico al recurrente, aportando copia de dicho documento.
- En tercer lugar, la pregunta referida por el recurrente se efectuó en el seno de una contratación sobre la que se desistió. En la que actualmente nos ocupa se consideró no contar como proyecto ni la portada y contraportada ni el índice.

En definitiva, todos los documentos solicitados han sido entregados, eso sí, con respeto total a las declaraciones de confidencialidad.

Ninguno de los proyectos extralimita la extensión de 75 folio, en los que en esta ocasión no se consideran computables ni las portadas ni el índice.

Por su parte el adjudicatario manifiesta en parecidos términos los argumentos del órgano de contratación.

Comprobado por un lado que la información solicitada al órgano de contratación por la recurrente ha sido trasladada, así como que la información previa que sustenta este motivo de recurso se efectuó en otro procedimiento de contratación y considerándose pertinente y conocida la exclusión de portada e índices en la extensión del proyecto, se desestima el recurso en base a estos motivos

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 la representación legal de Menomarlin Franchise S.L. y Asensio & Bustamante S.L., en compromiso de UTE contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Majadahonda de 17 de mayo por la que se excluye la oferta de la recurrente al no alcanza la puntuación mínima establecida para pasar de fase en la licitación al contrato de “Servicios que conllevan prestaciones directas a la ciudadanía de la escuela infantil Talín” número de expediente 23/2024.

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. - 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.