

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de Actua Infraestructuras, S.L., y de Inelt Multitechnical Services, S.L., que participaban en la licitación en compromiso de UTE, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 25 de octubre de 2021, por la que se acuerda descartar su oferta del procedimiento de licitación del contrato de “Redacción de proyecto, dirección facultativa y ejecución de las obras de ampliación del Estadio Municipal Fernando Torres” situado en la Ciudad Deportiva oeste, sito en el Camino del Molino de Fuenlabrada”, Expediente 2020/001586, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 19 de abril de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 5.332.069 euros y su plazo de

duración será de 14 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 21 de julio de 2021, la Mesa de contratación procedió a la apertura y calificación de la documentación presentada, admitiendo a todos los licitadores y procediendo a la apertura de los sobres B que contienen la documentación técnica referida a los criterios sujetos a juicio de valor.

Con fecha 22 de octubre de 2021, se emite informe de valoración en el que se otorga a la recurrente 25 puntos sobre un máximo de 40. La Mesa de contratación en su sesión celebrada el 25 de octubre de 2021, acuerda descartar su oferta del procedimiento de licitación, al no haber alcanzado la puntuación de 30 puntos exigida para continuar en el procedimiento.

El día 12 de noviembre de 2021, las representaciones legales de Actua Infraestructuras, S.L., y de Inelt Multitechnical Services, S.L., que participaban en la licitación en compromiso de UTE (en adelante la UTE), presentó ante el órgano de contratación recurso especial contra el citado acuerdo de la Mesa de contratación.

El 25 de noviembre de 2021, el órgano de contratación remitió el recurso especial junto al 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 (en adelante LCSP).

Tercero.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo de este Tribunal de 2 de diciembre de 2021.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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.- Respecto a la legitimación de los recurrentes, el órgano de contratación alega *“lo presenta una empresa de las tres que se presentan como UTE, por lo que para que sea admitido dicho recurso debe constar en el expediente la voluntad de las otras dos empresas de que no se oponen a la presentación del mismo, y asimismo teniendo en cuenta que las actuaciones de la UTE deberían realizarse con aquella persona designada por esta”*, por lo que considera que la recurrente carece de legitimación.

El recurso se presenta por dos empresas de las tres que constituían el compromiso de UTE.

Respecto a la legitimación de las mismas hay que considerar si con el recurso las recurrentes logran un beneficio o ventaja o la evitación de un perjuicio. En el caso que nos ocupa debe apreciarse la existencia de un interés legítimo, ya que la estimación del recurso le ocasionaría el claro beneficio de mantenerse en el procedimiento de licitación y poder optar a ser adjudicataria del contrato.

Por tanto, el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al

tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación *“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 notificado el 25 de octubre de 2021, e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación, el 12 de noviembre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de un contrato mixto de obras y servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 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 asunto, la recurrente lo fundamenta en dos motivos de impugnación:

- 1- Vulneración del artículo 326 de la LCSP. Nulidad radical por aplicación del artículo 47.1 e) ley 39/2015 Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- 2- Vulneración de las normas relativas a criterios basados en juicio de valor. Discrecionalidad técnica. Arbitrariedad.

5.1.- Respecto al primer motivo de impugnación, se fundamenta en la infracción del artículo 326 de la LCSP, alegando nulidad del acuerdo de la Mesa de contratación de 25 de octubre de 2021, por la que se acuerda descartar su oferta del procedimiento de licitación, por intervención en la Mesa de contratación de personas que han redactado la documentación técnica.

A este respecto señala que don F. S. V., aparece en el expediente de contratación como redactor del Pliego de Condiciones Técnicas para la adjudicación del contrato y a su vez es vocal de la Mesa de contratación.

Por otro lado, señala que don A. A. P., ha participado en la redacción de la documentación técnica previa a la licitación, en concreto en el informe técnico para el cálculo del importe del servicio de asistencia técnica para la redacción del proyecto técnico y ejecución de la obra. Así mismo, alega que conforme el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, la Mesa de contratación permanente debía estar integrada por cinco miembros. Era un número máximo. Sin embargo, en el Acta de la Mesa de contratación celebrada el día 25 de octubre de 2021, se constatan que la Mesa de contratación pasa de tener cinco miembros, a contar con seis miembros. Se supera el número máximo establecido. Se añade un nuevo vocal, en este caso, la persona que aparece como cuarto vocal es precisamente don A. A. P. En definitiva, concluye que esta persona no es solo quien otorga la puntuación subjetiva, como redactor del informe, sino que además es integrado como vocal en la Mesa de contratación que decide sobre la ratificación o rechazo de esta valoración efectuada por *“los técnicos independientes”*.

Ante estas circunstancias, considera que se ha vulnerado el apartado 5 del artículo 326 de la LCSP que establece *“En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. **Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda”***.

Por su parte, el órgano de contratación señala que en la sesión ordinaria celebrada en fecha 27 de noviembre de 2020, de la Junta de Gobierno Local, se

acordó la designación de los miembros de las mesas de contratación permanentes del ayuntamiento y sus organismos autónomos. En el acuerdo se establecen las personas titulares, y sus suplentes de la Mesa de contratación permanente del Ayuntamiento de Fuenlabrada. Integrándose la misma por un Presidente, un Secretario y tres vocales.

Sostiene que para la contratación de las Entidades Locales, procede aplicar la Disposición Adicional Segunda de la LCSP. En su apartado séptimo se regula la Mesa de contratación que estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres.

Considera que la sesión de la Mesa de contratación permanente se realiza con todos los miembros que recoge la disposición adicional segunda de la LCSP y a su vez con la designación de los miembros de las mesas de contratación permanente del Ayuntamiento. En la sesión de fecha 25 de octubre de 2021, se designa como tercer y cuarto vocal a dos técnicos del servicio promotor del expediente de contratación, cumpliendo con la previsión legal de que su número no sea inferior a tres, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación.

A su juicio, la sesión de la Mesa de contratación fue válida en términos generales, incluyendo a dos técnicos del servicio proponentes del contrato. Dicha constitución no desvirtúa las normas de formación de los órganos colegiados, ya que la Mesa de contratación estaba formada por Presidente y secretario, vocal de asesoría jurídica, vocal del órgano de intervención y dos técnicos del servicio. La norma te dice que los vocales no deben ser inferiores a tres pero nada dice si hay un cuarto técnico.

Respecto a la intervención en la Mesa de contratación de personas que han redactado la documentación técnica, alega que efectivamente el artículo 326.5 de la LCSP establece que “(...) *tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda*”. En el apartado séptimo de dicha disposición adicional, nada recoge sobre la prohibición de la participación de dicho personal en las mesas. Por lo que la participación del mismo estaría permitida según lo dispuesto en dicha Disposición y asimismo, no sería aplicable el artículo 326 respecto a este personal, al encontrarnos en el ámbito local.

En apoyo de su argumentación trae a colación el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, Expediente 96/18 y el Informe contenido en el 9/2020 de la misma Junta Consultiva.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar, en primer lugar, si se ha procedido a la correcta constitución de la Mesa de contratación.

El apartado 3 del artículo 326 de la LCSP establece “3. *La mesa estará constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario.*

La composición de la mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente”.

Por su parte, la Disposición adicional segunda de la LCSP, a la que se remite el artículo 326, en su apartado 7 establece: “*La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como*

aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación”.

En el PCAP, en el apartado III.3.7 Composición de la Mesa de contratación se dice:

“De conformidad con lo establecido en el apartado séptimo de la Disposición Adicional Segunda LCSP se constituye una Mesa Permanente de contratación, cuya composición será la establecida en el acuerdo de Junta de Gobierno Local de 11/11/2020.

La composición de la misma, se publicará en el Portal de Transparencia municipal, área de información relativa a Contratación y Patrimonio, en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.ayto.fuenlabrada.es/index.do?MP=1&MS=222&MN=2&IDR=3285>

También se hará constar en la información a suministrar dentro del procedimiento de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público”.

Una vez analizado el expediente de contratación se pueden constar los siguientes extremos:

Con fecha 27 de noviembre de 2020, la Junta de Gobierno Local, acordó la designación de los miembros de las mesas de contratación permanentes del ayuntamiento y sus organismos autónomos. En el acuerdo se establecen las personas titulares, y sus suplentes de la Mesa de contratación permanente del Ayuntamiento de Fuenlabrada. Integrándose la misma por un Presidente, un Secretario y tres vocales. Consta en el acuerdo que *“El vocal tercero (a designar según la naturaleza y objeto del contrato). Un Técnico del Servicio promotor del expediente de contratación, a determinar de forma particularizada en cada procedimiento de licitación”.*

En el acta de la sesión de la Mesa de contratación celebrada el 21 de junio de 2021, en la que se procedió a la apertura de la documentación administrativa y de los criterios sujetos a juicios de valor, figura como tercer vocal don F. S. V.

En el acta de la sesión de la Mesa de contratación celebrada el 25 de octubre de 2021, en la que se procedió a la valoración de los criterios sujetos a juicios de valor y a la apertura de la documentación de los criterios evaluables de forma automática, figuran como vocales don F. S. V., como tercer vocal y don A. A. P. como cuarto vocal.

En el acta de la sesión de la Mesa de contratación celebrada el 12 de noviembre de 2021, en la que se procedió a la valoración de los criterios evaluables de forma automática figura como tercer vocal don A. A. P..

De los citados antecedentes puede deducirse que la Mesa de contratación de 25 de octubre de 2021, estaba compuesta por un vocal más del previsto en el acuerdo de constitución de la Mesa permanente de contratación mencionado anteriormente.

Se trata, por tanto, de dilucidar las consecuencias jurídicas de esa circunstancia.

A este respecto procede traer a colación la STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de diciembre de 1985 que señala *“Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, conforme a la cual el Alcalde y los Concejales no podrán tomar parte en las deliberaciones y acuerdos sobre asuntos en que tengan interés directo, por lo que incluso deben abandonar el salón mientras se discute y vota el asunto, como al tenor de lo estatuido con carácter general en el artículo 20, en relación con el 47, de la Ley de Procedimiento Administrativo que regula el deber de abstención de las autoridades y funcionarios en casos análogos, la nulidad consiguiente a la actuación de quienes por tal motivo debieron no intervenir en el acto únicamente se origina, según los apartados 3 y c) respectivamente de estos artículos,*

cuando con tal participación se conculquen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; por lo que la Jurisprudencia ha declarado la invalidez del acuerdo si la infracción del artículo 227 tiene transcendencia «sustancial, no sólo en cuanto a la defensa del criterio que inspiró aquel acuerdo haciéndolo prevalecer sobre el parecer contrario, sino en cuanto condujo a una votación obtenida por un quórum que en otro caso no hubiera existido» -sentencia de 30 de marzo de 1959 (RJ 1959\1415)-, e inversamente mantiene su eficacia si, al tomarse el acuerdo por unanimidad, la eliminación de quién debió abstenerse no hubiera alterado el resultado de la votación -sentencia de 18 de mayo de 1976 (RJ 1976\2886).

En el mismo sentido la STS de 28 de octubre de 2004 “Por tanto las normas propias de este procedimiento selectivo determinan el número de los miembros del Tribunal (cinco), su cualificación (expertos titulados), y su forma de designación en cuanto a su origen (el presidente y dos vocales procederán de la docencia, un vocal de sociedades científicas en la especialidad y un vocal de la Organización Médica Colegial). De estos aspectos el único cuestionado es el primero de ellos.

Curiosamente no se denuncia una falta de quórum, que si sería invalidante, sino un exceso por cuanto se destaca la concurrencia de más de cinco miembros, por lo que en su caso no hay ningún inconveniente para considerar la válida constitución del órgano a los efectos de celebración de sesiones, deliberaciones y toma de decisiones en el marco del art. 26 de la LRJ-PAC 30/1992 pues es notorio que concurrió el Presidente, el Secretario y la mitad al menos de sus miembros. Por otro lado no se destaca, por la inexistencia de votos discrepantes, que la posible participación de los nombrados como suplentes estando los titulares, al formular su voto, contribuyesen, cualitativa y/o cuantitativamente, a la formación de la voluntad del órgano colegiado”.

En este sentido, resulta clarificadora la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1988:

“Siendo la nulidad de pleno derecho excepcional en nuestro Derecho Administrativo –la regla general es la anulabilidad-, ha de subrayarse que la aplicación

de los mencionados preceptos, en cuanto se refiere a los órganos colegiados exige que la norma vulnerada sea “esencial”, concepto este que ha de entenderse en un sentido funcional lo que implica la necesidad de que la infracción haya tenido trascendencia bastante como para poder alterar el resultado final en que cristaliza la voluntad del órgano colegiado”.

Aplicando este criterio jurisprudencial por analogía al caso que nos ocupa, puede considerarse que no se ha producido una violación de las normas esenciales de la formación de la voluntad del órgano colegido, ya que el acuerdo de la Mesa de contratación se produjo por unanimidad, por lo que la eliminación del voto del cuarto vocal resultaría irrelevante a estos efectos.

Procede por tanto, analizar el segundo apartado del presente motivo de recurso referido a la infracción del artículo 326.5 de la LCSP, que establece *“Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda”*. El recurrente fundamenta su recurso en que tanto don F. S. V. como don A. A. P., que participaron en la redacción de la documentación técnica, participaron como vocales en la Mesa de contratación.

A este respecto, hay que destacar que la disposición adicional segunda de la LCSP, en su apartado 7, regula la composición de las mesas de contratación de las Corporaciones Locales: *“La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso,*

formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

En las Entidades locales municipales, mancomunidades y consorcios locales, podrán integrarse en la Mesa personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas uniprovinciales.

En ningún caso podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente”.

En este régimen específico de la constitución de las mesas de contratación para las corporaciones locales, no se aprecia la prohibición contenida en el citado artículo 326.5 de la LCSP, que no sería aplicable a este personal, al encontrarnos en el ámbito local.

Esta es la interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado Expediente 96/18. Composición y funciones de las mesas de contratación y del Comité de expertos en las Corporaciones Locales, que señala “12. *La cuestión siguiente se centra en determinar si la excepción contenida en el artículo 326.5 significa que en un municipio el personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que ha participado en la redacción de la documentación técnica del contrato puede formar parte de la Mesa de contratación como vocal en dicha licitación y sólo le estaría vedada su participación en el Comité de Expertos.*

La excepción contenida en el artículo 326 salva expresamente, y en términos generales, la especialidad de la DA 2ª. Señala que ‘Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda’.

‘La DA 2ª no menciona esta limitación en el caso de la mesa, aunque sí lo hace para el comité de expertos. Por tanto, cabe colegir que el legislador, consciente de la diferencia entre la regulación general y la aplicable específicamente a las entidades

locales, ha manifestado ser esta su voluntad, de modo que la redacción de los pliegos técnicos no opera como una limitación a la composición de la mesa en el caso de los municipios. Por el contrario, sí existe una prohibición concreta en el caso del comité de expertos”.

Por consiguiente, no existe obstáculo legal para que los citados técnicos formen parte de la Mesa de contratación como vocales, a pesar de haber participado en la redacción de la documentación técnica.

Por otro lado, el recurrente alega *“Consta acreditado que el co-redactor del Pliego de Condiciones Técnicas que forma parte de la Mesa de Contratación, admite el informe con la valoración de la criterios subjetivos de quien es su superior (D. J. C. N., a la sazón Director técnico de Infraestructura y co-redactor del Pliego de Condiciones Técnicas) y posteriormente, participa como miembro de la Mesa de contratación en la apertura de las ofertas económicas valorables conforme a fórmulas”.*

A este respecto se ha pronunciado la Junta Consultiva de contratación del Estado en el Expediente 9/2020, en los siguientes términos:

“5. Se plantea también por la entidad consultante si los informes de valoración de criterios dependientes de un juicio de valor, de los referentes a criterios evaluables mediante la aplicación de una fórmula y de aquellos que se elaboren en el trámite de justificación de ofertas incursas en presunción de anormalidad pueden ser firmados por superiores jerárquicos de alguno o algunos de los miembros de la Mesa de Contratación.

La LCSP no alude a esta cuestión, pero de su tenor puede deducirse que el único requisito exigido para que un empleado público pueda emitir los informes de valoración que se mencionan es que dispongan de la capacitación oportuna y que, por supuesto, no ostenten la condición de cargos públicos representativos o sean personal eventual.

En este sentido, aunque no parece que este vaya a ser un supuesto muy frecuente por mor de la propia organización racional de los distintos órganos administrativos, cabría la posibilidad de que efectivamente sucediera que la única persona indicada para elaborar el informe técnico fuera superior jerárquico de uno de los miembros de la mesa de contratación. En este supuesto, realmente excepcional, cabe recordar que, como órgano colegiado, la mesa de contratación y cada uno de sus miembros debe actuar con independencia de criterio tal como se deduce, por ejemplo, del artículo 19.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y, desde luego, con pleno respeto al ordenamiento jurídico. No procedería en ningún caso que el superior jerárquico diera instrucciones a uno o varios miembros de la mesa de contratación sobre su desempeño como miembro de la misma y cualquier injerencia injustificada en ese sentido sería ilícita, viciaría cualquier decisión de la mesa y tendría los efectos que legalmente procediesen. Además, hay que recordar de nuevo que la mesa es un órgano colegiado y que sus decisiones se toman por mayoría, lo que teóricamente limita o mitiga la posible influencia del superior jerárquico de uno de sus miembros.

Por tanto, siempre que sea mantenida de facto la debida independencia de la mesa de contratación, no resulta contrario a la LCSP que un superior jerárquico de un componente de la misma pueda elaborar y someter a la consideración del órgano colegiado alguno de los informes a que alude la consulta. Lógicamente, cabe pensar que una adecuada composición de las Mesas de contratación debería permitir evitar esta situación en la mayoría de los casos, reforzando así la apariencia de imparcialidad de dicho órgano, por lo que la mencionada situación debería ser excepcional, aunque jurídicamente sea admisible”.

Las consideraciones contenidas en este informe son compartidas por este Tribunal, por lo que no puede acogerse las alegaciones planteadas por el recurrente en este ámbito.

Por otro lado, el recurrente alega que don A. A. P. S. es coautor del Informe de valoración a la propuesta de licitación del contrato de fecha 20 de octubre de 2021.

No es solo quien otorga la puntuación subjetiva, como redactor del informe, sino que además es integrado como vocal en la Mesa de contratación que decide sobre la ratificación o rechazo de esta valoración efectuada por “los técnicos independientes”.

A este respecto, en el informe de la Junta Consultiva, Expediente 9/2020, mencionado anteriormente señala *“Sobre este particular, es difícil pensar que haya alguien mejor capacitado para valorar los criterios de adjudicación, tanto subjetivos como objetivos, así como para apreciar la viabilidad de la justificación de bajas en presunción de anormalidad, que quienes han elaborado los pliegos técnicos, y a mayor abundamiento si se trata de un proyecto de obra, por ser las personas que mejor conocen tanto los precios que componen el presupuesto base de licitación como las necesidades que se precisa satisfacer con el contrato de que se trate.*

Respecto a la admisibilidad de la emisión de informes de valoración por parte de miembros de la Mesa de contratación, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado favorablemente en la Resolución n° 398/2014, de fecha 23 de mayo de 2014: “En segundo lugar, la recurrente pone de manifiesto (supuestamente, para apoyar la pretendida invalidez de la valoración efectuada) el hecho de que la valoración haya sido realizada por un funcionario que es, a su vez, miembro de la Mesa de contratación. Siendo cierto que el Ingeniero Municipal autor de los informes de valoración de las proposiciones es, a su vez, efectivamente, miembro de la Mesa de contratación constituida en el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de referencia, ninguna irregularidad se aprecia, sin embargo, en tal circunstancia. Y ello por cuanto, de un lado, no existe ninguna norma en la legislación de contratos que impida que el funcionario que informe sobre la valoración de las proposiciones en un procedimiento de licitación pueda actuar, a su vez, como miembro de la Mesa de contratación, y, de otro lado, porque el hecho de formar parte de la Mesa de contratación no resta, en modo alguno, objetividad e imparcialidad a la actuación de dicho funcionario, sin que, por lo demás, se alegue por parte del recurrente la concurrencia de causa alguna que pudiera determinar la necesidad de abstenerse por parte del Ingeniero Municipal (artículo 28 de la Ley 30/1992, de 20 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), bien a la hora de emitir el informe de valoración de las proposiciones, bien a la hora de intervenir como miembro de la Mesa de contratación”.

Si bien la precitada Resolución se emitió estando vigente la anterior legislación de contratos (R.D.L. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), en el articulado de la actual LCSP únicamente figura la prohibición de emitir informes de valoración de las ofertas por parte de los cargos públicos representativos y el personal eventual, sin mencionar ni para permitir ni para prohibir que puedan emitir tales informes los miembros de la Mesa de contratación”.

Nuevamente, este Tribunal comparte el criterio mantenido por la Junta Consultiva, por lo que no se aprecia obstáculo legal para que don A. A. P. haya participado en la elaboración del informe de valoración, en contra de lo mantenido por el recurrente.

Por todo lo anterior, se considera que no se ha producido una vulneración del artículo 326 de la LCSP, en los términos mantenidos por el recurrente, por lo que procede la desestimación del primer motivo del recurso.

5.2.- Respecto al asegundo motivo del recurso, el recurrente alega que ha habido arbitrariedad en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

A su juicio, no se debe admitir el informe de don A. A. P. S. y don C. N. bajo la premisa de admitir la aplicación del principio de discrecionalidad técnica. Se ha constatado que el mismo contiene valoraciones técnicas emitidas contra las reglas de la técnica aplicada y contra el Pliego de Condiciones técnicas.

Entiende que la valoración realizada en el informe no se ajusta a la legalidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

- a) Infracción del artículo 326 LCSP. Don A. A. P. S. y don C. N. carece de competencia técnica para valorar un proyecto de obra de un estadio de fútbol.

Lo que ha de ser valorado técnicamente, conforme los criterios incluidos en el PCAP, y con un desglose detallado es un Proyecto Básico de una obra, redactado por un Arquitecto. Al menos, eso es lo que se desprende de la exigencia de que sea un Arquitecto quien desarrolle posteriormente ese Proyecto Básico, sea dirigida la ejecución por un Arquitecto Técnico, y cuenta con un Ingeniero de Instalaciones –entendemos las relativas al edificio que se pretende reformar y ampliar- para diseñar los instalaciones necesarias del edificio.

Atendiendo a ese marco, la normativa exige que quien realice esta labor de valoración subjetiva tenga competencia técnica para hacerlo. Es decir, dé razón de su ciencia, o tenga conocimientos acreditados para ello.

Concluye que, el informe de valoración ha sido realizado y firmado por un sociólogo y un ingeniero de caminos, canales y puertos, y ambos, que han valorado el trabajo (Proyecto Básico) de un Arquitecto.

- b) Nulidad radical por falta de motivación del informe de valoración y del acuerdo de la Mesa de contratación, que determina el descarte de la oferta técnica.

A su juicio, la valoración realizada, que concluye con la atribución de un total de 25 puntos, desglosados conforme los apartados contenidos en el Anexo I, apartado P) del PCAP, obedece a la aplicación con criterios erróneos y puramente subjetivos, apartados del Pliego de condiciones técnicas.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que la valoración del criterio sometido a juicio de valor, objeto de impugnación, se realiza por el Departamento de Infraestructuras del Ayuntamiento de Fuenlabrada, formado por un equipo de técnicos

expertos en la materia objeto de valoración, profesionales cualificados en edificación, arquitectos, entre otros, aportando formación y experiencia para valorar cada uno de los aspectos recogidos en dicho criterio. Dicho informe lo firman los responsables superiores de los mismos, el Director Técnico de Infraestructuras y Movilidad y por el Coordinador General del Área de Desarrollo Sostenible de la Ciudad, ambos profesionales cualificados en la esfera de las funciones que realizan.

Considera que la empresa recurrente aduce en su recurso que el informe de valoración emitido no puede admitirse porque sus valoraciones técnicas plasmadas en dicho informe se emiten contra las reglas de la técnica aplicada y contra el Pliego de Condiciones técnicas, pero no dice exactamente cuáles son estas valoraciones, solo se limita a descalificar técnicamente a las dos personas que firman el informe, no aporta datos objetivos que puedan dar lugar al error en la valoración, tal como afirma la empresa recurrente.

Concluye señalando que el informe de valoración del criterio sometido a juicio de valor que se impugna por el licitador atiende a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas y valorándose cada apartado de conformidad con lo previsto en el mismo, atendiendo a los proyectos presentados y utilizando aquellos parámetros que se recogían en dicho criterio, por lo que las afirmaciones recogidas en el escrito del recurso resultan no ajustadas a lo recogido en el pliego. La valoración de las ofertas se hace de conformidad con la discrecionalidad técnica que le asiste, entendiéndose como una facultad reglada y en ningún caso exorbitada ni abusiva, ajustado a lo que debe valorarse en las ofertas presentadas por los licitadores.

Vistas las alegaciones de las partes, cabe señalar, en primer lugar, que este Tribunal no puede proceder a valorar la capacidad técnica de los firmantes del informe de valoración, máxime admitiendo lo alegado por el órgano de contratación en el sentido de que el mismo fue realizado por un equipo de técnicos expertos en la materia objeto de valoración, profesionales cualificados en edificación, arquitectos, entre otros,

aun cuando fuera firmado únicamente por los responsables de los respectivos departamentos.

Respecto de la falta de motivación del informe y del acuerdo de la Mesa de contratación, hay que destacar que en dicho informe se hace constar respecto de la oferta del recurrente:

“1.1.- PROPUESTA TÉCNICA (HASTA 20 PUNTOS).

1.1 Coherencia en la metodología.

Propuesta poco coherente con las recomendaciones dadas en los documentos técnicos del concurso y la normativa de aplicación. Propuesta de tres graderíos que cubren el aforo solicitado, y deja libres las esquinas, cerrándolas a nivel de planta baja con paneles de chapa para dar continuidad a las zonas edificadas. Las fachadas de los graderíos se elevan hasta la altura de cubierta del graderío actual, pero se limitan exclusivamente a su trazado longitudinal, sin solución de continuidad en los laterales de estos. Imagen poco representativa, aun con la solución de cerramiento a nivel de planta baja en las esquinas no construidas, no proyecta imagen de conjunto.

Propone actuaciones sobre la instalación existente para suplir actuaciones en los nuevos espacios generados bajo graderíos, que mínimamente se acondicionan.

Presenta estudio detallado de los espacios destinados a las instalaciones necesarias para el desarrollo de la competición. No respeta las recomendaciones en cuanto a las dimensiones de las bandas y espacios libres para el campo de juego.

1.2. Análisis funcional de los criterios.

1.2.1. Diseño y funcionalidad. Solución de diseño muy diferenciado entre los graderíos de los fondos, con distribuidor a nivel del terreno de juego y el longitudinal sobre vestuarios existentes, con distribuidor en la cota superior del graderío.

Desarrolla adecuadamente los requerimientos de espacios técnicos para el desarrollo de la competición, pero nulo acondicionamiento de la mayoría de los espacios bajo graderío, que suple con el acondicionamiento de espacios del graderío existente.

Continuidad de cerramiento de las esquinas del estadio con paneles de chapa. La propuesta no cumple los requerimientos de espacio libre para el campo de juego y

bandas exteriores, ocupación de una franja longitudinal entre edificio de vestuarios y terreno de juego por el nuevo graderío longitudinal, de ancho aproximado de 4 m., reduciendo considerablemente en ancho de las bandas exteriores del terreno de juego. Este aspecto incumple las recomendaciones de los reglamentos federativos y de La Liga de fútbol profesional que establecen bandas junto al terreno de juego de seis metros de ancho. Mala visibilidad de las primeras filas de los graderíos a nivel del terreno de juego con la instalación de la U televisiva.

1.2.2. Escalabilidad del proyecto. Propuesta con más aforo del requerido (6.502 asientos), Estudio de un gran número de posibles ampliaciones de aforo, en función de la situación de equipo de fútbol, 2ª división, 1ª división, tiempo en 1ª, etc. hasta 12.000 localidades, incluso con graderíos cubiertos. Soluciones complejas y costosas para una futura ejecución y de dudosa viabilidad en cuanto al terreno de juego y espacios libres de servicio.

1.2.3. Estudio Geotécnico. Propuesta de cimentación con zapatas aisladas, según estimación de resistencia del suelo.

1.2.4. Estudio de integración de la instalación. Solución simple, poca relación formal con imagen de la edificación y graderío existente.

1.2.5. Estudio de movilidad y accesibilidad. Mal diseño de los núcleos de aseo, separados espacialmente en distintos accesos los aseos masculinos y femeninos.

Gradas de fondos distribución pasillo inferior y acceso a graderío ascendente, grada lateral acceso con escaleras a pasillo superior y acceso descendente al graderío.

Tornos en puertas de acceso y puertas diferenciadas para la evacuación. Fácil acceso de los graderíos al terreno de juego.

1.2.6. Estudio de afecciones. No prevé afecciones en instalaciones existentes.

Propone actuaciones de reforma del graderío existente, para mejorar accesibilidad ocupación y ampliación de la cubierta.

CONCLUSION DE LA PROPUESTA TÉCNICA. Aporta una propuesta con variedad de soluciones no bien estructuradas. Configura una instalación con las esquinas abiertas y resuelve con la solución constructiva el desafío arquitectónico, que resulta

poco representativo y sin imagen de conjunto. Deficiente diseño de los núcleos de aseo, separados espacialmente en distintos accesos los aseos masculinos y femeninos. No recoge algunos requerimientos importantes de los pliegos, como es el espacio libre de terreno de juego y bandas exteriores. Incumple las recomendaciones de los reglamentos federativos y de La Liga de Fútbol profesional que establecen bandas junto al terreno de juego de seis metros de ancho. Poco valor añadido a los requerimientos exigidos. Por todo ello se puntúa con la calificación de Regular. 10 puntos”.

1.2 DEFINICIÓN DE SOLUCIONES CONSTRUCTIVAS (HASTA 10 PUNTOS).

Propuesta con definición muy detallada de espacios técnicos, con usos específicos, para el cumplimiento de requisitos de la liga de fútbol profesional y retransmisiones deportivas.

Soluciones constructivas bien definidas geoméricamente. Intervenciones puntuales y de detalle en edificación existente.

Propuesta de cimentaciones de zapatas de hormigón aisladas. Estructura de hormigón prefabricada en graderíos de los fondos y mixta de hormigón y acero, en graderío longitudinal sobre los vestuarios con pórticos metálicos.

Soluciones de cerramientos de fachadas bien definidos con distintos materiales según uso del espacio. Cerramiento de planta baja celosía de chapa perforada al exterior, a partir de planta primera chapa perforada reflectante, fijada a estructura metálica, anclada a pórticos prefabricados. Descripción de resto de materiales.

Estudio completo de iluminación del estadio, con todos los requerimientos para retransmisiones deportivas, con logo de la liga de fútbol profesional.

CONCLUSION DE LA DEFINICION DE SOLUCIONES CONSTRUCTIVAS.

Propuesta con buen detalle de definición geoméricamente y de las soluciones constructivas, coherente el diseño con las calidades de materiales adoptadas. Por todo ello se puntúa con la calificación de Buena. 7,5 puntos.

1.3 PROCESO DE EJECUCIÓN DE OBRA (HASTA 10 PUNTOS).

Propuesta con descripción detallada de las distintas fases en que se divide la ejecución de las obras, con mantenimiento de posibilidad de mantener en el tiempo aforos provisionales hasta poner en servicio nuevos graderíos, terminando con las

actuaciones en graderío existente. Las soluciones constructivas propuestas, forjado sanitario, montaje de prefabricadas de los elementos estructurares de hormigón y la estructura metálica en graderío sobre vestuarios y los elementos de cerramiento de fachadas, pueden tensionar las fases de ejecución propuestas, con la celebración de los partidos de liga de 2ª división previstos. Aporta plan detallado de trabajo con los plazos de ejecución de obras, ajustados a los establecidos en los Pliegos.

CONCLUSION DE LA DEFINICION DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE OBRA.

Aporta la documentación exigida con el cumplimiento estricto de los plazos establecidos en los pliegos, basado en la propuesta de un proyecto básico, sin ser posible una mayor concreción. Por todo ello se puntúa con la calificación de Buena. 7,5 puntos”.

Como puede apreciarse, nos encontramos ante una cuestión eminentemente técnica y no jurídica, careciendo este Tribunal de conocimientos para valorar la oferta del recurrente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2007, en su Fundamento de Derecho Quinto señala: *“Recuerda el Tribunal Constitucional en el FJ 6 de su sentencia 219/2004, de 29 de noviembre lo afirmado en su STC 39/1983, de 16 de mayo, FJ 4, en que sostuvo que la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. 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”.

El mismo TS, en su sentencia de 4 de diciembre de 2019, manifiesta *“Resulta indiscutible que nos movemos en el ámbito propio de la discrecionalidad técnica, y, por tanto, resultan de aplicación las habituales técnicas de control de los actos discrecionales en general, a través del control de los aspectos formales del acto, los hechos determinantes, la aplicación de los principios generales del derecho, la desviación de poder, o la proscripción de la arbitrariedad”.*

Por otro lado, procede traer a colación la doctrina mantenida por el TACRC, que este Tribunal comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos. Sirva de ejemplo su Resolución 980/2019, 6 de septiembre, donde afirma *“En este punto, es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados (por todas, Resoluciones 618/2016, de 29 de julio, y 152/2017, de 10 de febrero). En este sentido, este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha analizado en diversas resoluciones la discrecionalidad técnica de la Administración, señalando que --cuando la Administración encarga a un órgano “ad hoc”, formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad,*

los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute-- (Resolución 618/2014)”.

Así mismo, el TACRC en su Resolución 41/20, de 16 de enero señala *“En el supuesto que es objeto de examen, la pretensión del recurrente pasa por remover la valoración realizada por los servicios técnicos del órgano de contratación y asumida por la mesa de contratación, circunstancia que, como ha quedado transcrito, solo puede producirse en situaciones muy concretas, a saber, supuestos de ausencia de motivación, error manifiesto o arbitrariedad.*

Pues bien, el recurrente no ha justificado de forma clara que se haya producido ninguno de estos supuestos, y es por ello que debemos adelantar ya la desestimación del recurso. La mercantil se limita a comparar la valoración que ha recibido su oferta respecto a las ofertas de las demás, y a discrepar de la forma de valoración. Esa discrepancia es legítima, si bien, no es jurídicamente suficiente para que este Tribunal suplante la valoración técnica realizada por la Administración y que goza de la expresada discrecionalidad técnica.

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación emitió un informe razonado valorando los aspectos recogidos en el PCAP, sin que pueda apreciarse error manifiesto o arbitrariedad en los términos exigidos en la doctrina señalada anteriormente, exponiendo una opinión técnica dentro del ámbito de la discrecionalidad admitida por la jurisprudencia.

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

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 las representaciones legales de Actua Infraestructuras, S.L., y de Inelt Multitechnical Services, S.L., que participaban en la licitación en compromiso de UTE, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 25 de octubre de 2021, por la que se acuerda descartar su oferta del procedimiento de licitación del contrato de “Redacción de proyecto, dirección facultativa y ejecución de las obras de Ampliación del Estadio Municipal Fernando Torres” situado en la Ciudad Deportiva oeste, sito en el Camino del Molino de Fuenlabrada”, Expediente 2020/001586.

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 acordada por este Tribunal el 2 de diciembre de 2021.

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.