

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

En Madrid, a 7 de marzo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.P.L., en nombre y representación de los licitadores en compromiso de UTE F.P.L. y J.G.C., contra la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación del día 23 de noviembre de 2017 (lotes 2 y 3) del contrato de “Servicios de elaboración de proyecto básico, proyecto de ejecución, dirección de obra y de ejecución de obra, coordinación de seguridad y salud y trabajos complementarios (5 lotes) en los distritos de Villa de Vallecas y Puente de Vallecas de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto, promovido por Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.”, número de expediente: 067/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 de agosto de 2017, se publicó en el DOUE el anuncio de licitación del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, dividido en cinco lotes y un valor estimado de 1.797.797 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron veintiuna licitadoras, concurriendo dieciocho a los lotes 2 y 3 objeto de este recurso, una de ellas la recurrente.

En la Mesa de contratación de 27 de octubre de 2017 de apertura del sobre C, se dieron a conocer en acto público las puntuaciones alcanzadas por los licitadores en la valoración del sobre B, relativo a criterios no valorables mediante cifras o porcentajes, en la que respecto de la oferta de la recurrente para los lotes 2 y 3 se indica que *“Entre la documentación gráfica no se encuentran secciones ni perspectiva alguna. El alzado de la torre se encuentra en el lado contrario del previsto en el planeamiento, que sí que está correctamente dispuesto en las plantas. No ha podido ser valorada la presentación en entorno BIM al no constar entre la documentación presentada en el sobre B del PCP”*.

“Informe sobre la representación gráfica (0 a 5) y Plan de trabajo (0 a 3) Lote 3. Entre la documentación gráfica presentada no se encuentran secciones ni perspectiva alguna. No ha podido ser valorada la presentación en entorno BIM al no constar entre la documentación presentada en el sobre B del PCP”, por lo que no se le valoró la presentación en entorno BIM.

Con fecha 2 de noviembre de 2017 la recurrente presentó en el Registro General de EMVS un escrito en el que indicaba que *“(…) hay un error en la valoración de nuestra propuesta y no se ha contabilizado la puntuación por la presentación realizada en entorno BIM”*.

En respuesta a dicho escrito la Mesa de contratación el 13 de noviembre de 2017 dice *“En cuanto al segundo punto de las alegaciones formuladas por Equipo de arquitectura, F.P.L. y R.G.C. relativo al BIM, de la lectura de los pliegos se deduce claramente que era necesario aportar la información en formato IFC en el sobre B, aportación de archivo que puede realizarse tanto en CD como en pendrive o remisión a un link, sin que pueda ser objeto de valoración la información incorporada en el sobre C”*.

En el mismo acto, la Mesa, ante las alegaciones efectuadas por algunos licitadores, pone de manifiesto las dificultades encontradas por los Servicios Técnicos de EMVS para valorar las ofertas del sobre C, al existir contradicciones entre la ficha cumplimentada (Anexo X del PCP), y el resto de información incluida en la oferta. Por ejemplo se recoge en el acta que se explica que *“en relación con la edificabilidad (apartado 16.2.1. del Anexo I del PCP), D. Gonzalo Fernández manifiesta que algunos licitadores han reflejado la edificabilidad, otros la superficie construida, otros los metros útiles de las viviendas”*, lo mismo ocurre con el número de viviendas y ventilación cruzada, relación entre superficie útil de las viviendas y la superficie de zonas comunes y ventilación de los baños. Ante esta situación el técnico informante propone realizar la valoración con los datos reales de la propuesta en el primer y tercer supuesto, lo que implica considerar los datos de la propia memoria del sobre C o en su caso con los datos reales de la oferta arquitectónica del sobre B. Para el caso del número de viviendas y ventilación cruzada propone en caso de divergencias acudir a la grafía de los planos contenida en el sobre B que prevalecerá sobre el anexo del sobre C. Por último en cuanto a la ventilación de baños ante las divergencias de algunas ofertas se propone valorar la propuesta con el número real de baños grafiados en el sobre B.

El día 23 de noviembre de 2017, se reúne la Mesa de contratación constando en el acta correspondiente la clasificación efectuada de las ofertas para cada lote, en concreto en el lote 2 “La Rosilla”, queda clasificada en primer lugar la UTE Langarita Navarro-Olalquiaga con un total de 90,25 puntos, en segundo lugar la UTE HERR MAN-M.H.-D.B. con 89,88 puntos y en tercer lugar la recurrente con 88,65 puntos.

La puntuación otorgada a las ofertas para el lote 3 es la misma si bien la puntuación obtenida por la recurrente asciende a 88,90 puntos lo que la coloca en este lote en segundo lugar por detrás de la UTE Langarita Navarro-Olalquiaga.

Con fecha 11 de diciembre de 2017 se requirió a las empresas clasificadas en primer lugar en ambos lotes 2 y 3 para que aportaran la documentación precisa para

resultar adjudicatarias, y una vez recibida el 26 de diciembre siguiente se dictaron sendos Acuerdos de adjudicación del lote 2 por un importe de 320.000 euros en favor de la empresa Olalquiaga Arquitectos S.L.P. y Langarita Navarro S.L.P., Unión Temporal de Empresas y del lote 3 por un importe de 332.000 euros en favor de las empresas licitadoras en compromiso de UTE HERR MAN-M.H.-D.B. Ambos Acuerdos fueron notificados el 27 de diciembre de 2017.

Tercero.- Con fecha 4 de enero de 2018 se recibió en el Tribunal escrito de don F.P.L., anunciando la interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de referencia en relación con los lotes 2 y 3 y solicitando la adopción de la medida cautelar la suspensión del procedimiento. Con fecha 2 de enero de 2018 el recurrente había presentado escrito ante la EMVS en los mismos términos, del que se dio traslado a este Tribunal.

Mediante nuevo escrito presentado ante este Tribunal el día 8 de enero se pone de manifiesto que habiendo solicitado copia de determinados documentos del expediente administrativo se denegó por parte del órgano de contratación, alegando que la documentación se iba trasladar a este Tribunal, no habiendo tiempo para obtener dichas copias, por lo que reproduce su solicitud de obtención de las mismas ante el Tribunal, por ser necesarias para la interposición del recurso. En concreto se solicita copia de la Memoria del sobre 2, de los planos de los cinco paneles A3, anexo y memoria justificativa del sobre C, correspondientes a los lotes 2 y 3 respecto de los licitadores: UTE Langarita Navarro-Olalquiaga, UTE HERR MAN-M.H.-D.B., y J.F.G.

Finalmente por Acuerdo de este Tribunal, de 10 de enero de 2018 se concede al recurrente el derecho de obtención de determinadas copias de algunos de los documentos que formaban parte de las ofertas de los adjudicatarios, sin que ello implicara ampliación del plazo de interposición del recurso, que aún no había finalizado.

Con fecha 17 de enero de 2017 se presentó en el Tribunal recurso

administrativo especial contra la adjudicación del contrato en el que se solicita:

- Ordenar al órgano de contratación que proceda a valorar la modelización en formato IFC con el nivel de definición inicial solicitado (LOD 100) en la propuesta presentada por esta parte (...).
- Excluir a la UTE Langarita Navarro-Olalquiaga y a la UTE HERR MAN-M.H.-D.B. por haber contravenido lo dispuesto en el artículo 145 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), así como el apartado 8 del Anexo I del PCP, por haber incluido elementos susceptibles de ser valorados en cifras y porcentajes, propios de la valoración posterior del sobre C, en la memoria justificativa y planos incluidos en el sobre B.
- La exclusión como licitador o, en su defecto, la imposibilidad de dotar de puntuación alguna de la propuesta presentada en el sobre C por la UTE HERR MAN-M.H.-D.B., en lo que se refiere a los valores de Demanda energética, de Porcentaje de renovables, de transmitancia de la envolvente y de emisiones de CO₂.

De dicho escrito se dio traslado al órgano de contratación para que remitiera copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP lo que verificó el día 23 de enero de 2013. En dicho informe se solicita la inadmisión del recurso por dirigirse contra un acto no susceptible de recurso, en concreto el Acuerdo de la Mesa de contratación de 13 de noviembre de 2012 de contestación a las alegaciones presentadas por la recurrente con fecha 2 de noviembre de 2017, y la desestimación del mismo por los motivos que se expondrán al analizar las cuestiones de fondo debatidas.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo presentado sendos escritos de alegaciones con fecha 8 de febrero la UTE HERR MAN-M.H.-D.B., la UTE Langarita Navarro-Olalquiaga y Aybar Mateos S.L.P., de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo de las cuestiones debatidas.

Quinto.- El 10 de enero de 2018 el Tribunal dictó el siguiente acuerdo *“Denegar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación ‘Elaboración de proyecto básico, proyecto de ejecución, dirección de obra, y de ejecución de obras, coordinación de seguridad y salud y servicios complementarios (5 lotes) en los distritos de Villa de Vallecas y Puente de Vallecas de Madrid promovido por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid (EMVS)’ número de expediente: 67/2017, sin perjuicio de la procedencia de la suspensión que operará de forma automática una vez que se interponga el recurso”*.

Sexto.- El 23 de febrero de 2018 este Tribunal acordó dar audiencia a los interesados en el procedimiento y al órgano de contratación para que alegasen lo que a su derecho convenga en relación con la posible nulidad de todo el procedimiento de licitación, al existir una aparente contradicción en los pliegos que conduce a que los licitadores deban aportar en el sobre B información relativa a los criterios valorables mediante cifras o porcentajes, a la vista de las invocaciones de la recurrente y las alegaciones de alguna de las interesadas que literalmente indicaban *“cualquier técnico puede extraer de esa documentación (memoria técnica), los datos para calcular la puntuación que explícitamente se presenta en la documentación del sobre C, (...)”*. A ello cabe añadir que en el expediente se exponen determinados déficits en las ofertas de las licitadoras, en concreto así resulta del Acta de la Mesa de contratación, de 13 de noviembre de 2017, en cuanto, ante la falta de certeza de algunos de los datos ofrecidos por los licitadores en el sobre C, el técnico informante opta por considerar los datos reales de la oferta arquitectónica del sobre B, indicando que la grafía de los planos contenida en el sobre B prevalecerá sobre el anexo del sobre C.

Los días 1 y 2 de marzo se han presentado alegaciones por la recurrente, el resto de interesadas en el procedimiento y el órgano de contratación que en síntesis se oponen en todos los casos a la anulación de todo el expediente de licitación, por los motivos que se expondrán al examinar las cuestiones de fondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de los recurrentes para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP al tratarse de dos licitadores en compromiso de UTE, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, ya que de estimarse las pretensiones objeto del recurso podrían ser adjudicatarios del contrato.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, el órgano de contratación solicita la inadmisión del mismo en tanto en cuanto el mismo se dirige, según afirma, contra un acto no comprendido en el elenco de los recurribles previstos en el artículo 40 del TRLCSP. En concreto se indica que en el anuncio de interposición de recurso especial en materia de contratación presentado el día 5 de enero de 2018, se señala que el recurso especial se dirige además de contra el acto de adjudicación, también contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 13 de noviembre de 2017 que da respuesta a las alegaciones que fueron por él presentadas el día 2 de noviembre de 2017, no siendo tal acto susceptible de recurso especial.

En primer lugar cabe señalar que, con independencia del objeto del recurso que se anunció el día 5 de enero, el recurso efectivamente presentado tras la obtención de las copias de los documentos a que dio acceso este Tribunal, no se dirige contra el acuerdo de la Mesa a que se refiere el órgano de contratación. Por lo que no cabe apreciar la causa de inadmisión así invocada. A ello cabe añadir que efectivamente el acuerdo de la Mesa por el que se da respuesta a las alegaciones efectuadas por la recurrente no es susceptible de recurso autónomo, al no

encontrarse recogido en el artículo 40 del TRLCSP, ni poder asimilarse a ninguno de los que sí lo están, pero también debe tenerse en cuenta que el contenido de dicho acto se mantiene en el acto final de adjudicación del contrato de manera, que si bien el acto en sí no es susceptible de recurso, su contenido sí lo es en la medida en que se incorpora al acto de adjudicación del contrato.

Debe señalarse, por otro lado, que el recurso se dirige formalmente contra la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de contratación el día 23 de noviembre de 2017, acto que tampoco es susceptible de recurso de forma autónoma. Sin embargo, como se ha expuesto en el relato fáctico de la presente Resolución, el contrato ha sido adjudicado, habiéndose notificado tal adjudicación a los demás interesados el día 27 de diciembre de 2017. Por lo tanto por economía procedimental, así como en salvaguarda de los derechos de defensa de la recurrente cabe entender que el recurso se dirige contra el Acto de adjudicación del contrato respecto de los lotes 2 y 3, en tanto en cuanto recoge íntegramente la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa, por lo que debe concluirse la procedencia del recurso al tratarse de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la adjudicación se notificó a la recurrente el 27 de diciembre de 2017, que interpuso recurso el día 17 de enero de 2017, por lo tanto dentro del plazo.

Quinto.- Procede examinar en primer lugar la posible concurrencia de causa de que justifique la nulidad de los pliegos y por ende del procedimiento de licitación que no ha sido invocada por ninguno de los interesados y respecto de la que se dio trámite de audiencia a las licitadoras.

Aduce al respecto la recurrente que no procede la declaración de nulidad indicada puesto que la remisión que hace la prescripción segunda del PPT a la que se imputa el posible origen de la causa de nulidad, no puede ser considerada como

tal, por cuanto no es subsumible en ninguna causa de las recogidas en el art. 47 de la LPACAP, debiendo apreciarse la nulidad de forma restrictiva. Entiende asimismo que la declaración de nulidad supondría la vulneración del principio de congruencia directamente vinculado al principio de eficacia administrativa, que aconseja limitar en lo posible las gravosas consecuencias de las nulidades administrativas para aquellos particulares que deban soportarlas sin haber sido causantes de las mismas. Por último entiende que la aparente contradicción entre los pliegos debe salvarse mediante una interpretación integradora de los mismos, de manera que siendo la finalidad e intención del PCAP, según se aduce, que la Mesa de contratación valore la propuesta técnica de cada licitador contenida en el sobre B, sin expresar los valores concretos que son evaluables por cifras o porcentajes propios del sobre C, siendo su incumplimiento motivo de exclusión, debe valorarse su oferta teniendo en cuenta la presentación en formato IFC en el sobre B. Solicita en consecuencia la estimación del recurso.

Por su parte el órgano de contratación en sus alegaciones indica que no concurren los presupuestos legalmente exigidos para apreciar la nulidad de los pliegos ya que además de lo alegado por el recurrente el vicio alegado *“no permitiría al órgano de contratación llevar a cabo, ni siquiera hipotéticamente, una actuación arbitraria, lo que igualmente, en aplicación de la doctrina de los tribunales contractuales, descartaría la posibilidad de declarar la nulidad de los pliegos”*, invoca asimismo la doctrina de la *reformatio in peius*, y expone que no es posible,- frente a lo aducido por una de las alegantes, - extraer los datos de la memoria técnica para calcular la puntuación que explícitamente se presenta en la documentación del sobre B. Realiza para acreditar tal afirmación una comparativa del contenido de ambos sobres en relación con los aspectos susceptibles de valorarse mediante criterios objetivos y su reflejo en la memoria del proyecto técnico, así por ejemplo respecto del criterio valorable nº 1, número de viviendas y edificabilidad indica que *“El número de viviendas no puede deducirse de forma fehaciente del contenido del sobre B, ya que no es obligatorio presentar todas las plantas del edificio por la limitación de la documentación solicitada. Tampoco la edificabilidad se puede medir de forma segura por las mismas razones”*. Por último explica que *“Cuando la Mesa de*

contratación tomó la decisión de utilizar la representación gráfica del sobre B para asegurarse de cuáles eran los datos reales queridos por ciertos licitadores, lo hizo para resolver dudas, aclarar datos (de ser posible) y con el objetivo último de hacer efectivo el principio de concurrencia.

Debe recordarse que cuando se abre el sobre C los licitadores ya conocen la puntuación obtenida en el sobre B, la cual no puede, por lo tanto, ser alterada.”

Las licitadoras en compromiso de UTE HERR MAN-M.H.-D.B., la UTE Langarita Navarro-Olalquiaga y Aybar Mateos S.L.P., se pronuncian en términos semejantes, considerando la posibilidad de integrar los pliegos a pesar de su carácter complejo, ya que en el sobre B deben incluirse las cuestiones a que se refiere el PPT por remisión a la cláusula 16.2 del Anexo I del PCP, pero solo a nivel de definición que luego deberá poder ser comprobada al valorar el sobre C.

Aybar Mateos explica que no es factible el trasvase de información respecto de cada uno de los criterios objetivos de forma semejante a como lo hace el órgano de contratación indicando que *“esos datos se pueden extrapolar de la documentación presentada pero no se puede asegurar ya que no se proporcionan todas las plantas del edificio al ser solicitada la definición de un anteproyecto, no de un proyecto básico”*.

La UTE Langarita Navarro-Olalquiaga sin embargo señala que *“Efectivamente, tras un estudio detallado de los Pliegos, a la luz de la Resolución de este Tribunal, que nos ha conferido el plazo de 5 días para alegaciones, comprobamos que sí que existe contradicción entre el PCP y el PPT (...) Luego es cierto que por un lado el PCP prohíbe la inclusión de datos relativos a criterios objetivos, valorables en cifras o porcentajes, entre la documentación a aportar en el sobre B, pero por otro lado el PPT exige que la propuesta arquitectónica, que hay que incluir en el sobre B, se haga con el nivel de definición del apartado 16.2 del Anexo I del PCP, que contiene criterios valorables en cifras o porcentajes.”* Pero como consecuencia invoca la doctrina de este Tribunal sentada en la Resolución 77/2015, de 3 de junio, que en un caso de contradicciones entre los pliegos que

señala la prevalencia de las cláusulas administrativas particulares, lo que enerva la posible causa de nulidad sustentada en *“la situación imposible”* que a juicio de este Tribunal se producía como consecuencia de la indicada contradicción.

Concluye que los problemas que las recurrentes tuvieron en relación con la documentación incorrectamente aportada en el sobre C, y que no fue valorada, nunca provinieron de la contradicción existente entre el PPT y el PCP, sino que se deben *“a su propia impericia profesional”* (sic). Recordando que las recurrentes en el documento denominado *“Memoria justificativa”* incorporada en el sobre B, tanto del lote 2 como del lote 3, hacían constar *“Se entrega en formato IFC la modelización de la propuesta con el nivel de definición inicial solicitado (LOD 100)”*, lo que induce a pensar que su voluntad fue incorporarlo, no habiéndolo hecho finalmente de forma involuntaria. Por último respecto de la afirmación de que *“cualquier técnico puede extraer de esa documentación (memoria técnica), los datos para calcular la puntuación que explícitamente se presenta en la documentación del sobre C,”* efectuada en su escrito de alegaciones, la aclara en el sentido de que los datos objetivos, que se podían extraer del sobre B podían servir para comprobar la corrección de los datos del sobre C. *“Esta parte entiende que en la propuesta técnica, que hay que aportar en el sobre B, de algún modo siempre van a existir datos objetivos, pues un proyecto técnico se representa en un conjunto de documentos gráficos y escritos, que, implícitamente, siempre contienen de algún modo datos cuantificables. No se puede hacer el proyecto sin suministrar implícitamente esa información (...) Es más, la propia representación gráfica en entorno BIM en el formato IFC es una representación tridimensional integral del proyecto, que, en sí mismo considerado, contiene datos objetivos”*.

A la vista de las alegaciones de las partes, si bien este Tribunal considera que se da una evidente contradicción en los pliegos y que efectivamente en cualquier proyecto técnico siempre van a existir datos objetivos, lo que debiera haber llevado a no valorar estos datos objetivamente o bien solo tener en cuenta criterios objetivos, (lo que se compadece mal con la naturaleza del contrato), entiende que cabe resolver esta cuestión sin necesidad de anular los pliegos y por ende la licitación so

pena de vulnerar el principio de congruencia ya que ni siquiera la recurrente considera esta posibilidad en su escrito de alegaciones, mediante la aplicación integrada de ambos pliegos.

Sexto.- Son varios los motivos de recurso hechos valer por la UTE F.P.L. y J.G.C.

En primer lugar se sostiene que se le ha dado un trato discriminatorio respecto al resto de licitadores a la hora de valorar los documentos del sobre B, y en especial la modelización de la propuesta en formato IFC. Considera al respecto que la Mesa de contratación estableció como criterio para valorar el sobre C, la posibilidad de tomar los valores expresados en la memoria y planos del sobre B, permitiendo que se puntuase, según el baremo fijado en el apartado 17 del Anexo I, los valores expresados, no en el cuadro de Excel en el PCP de cada propuesta, sino los valores determinados en la memoria justificativa y planos incluidos en el sobre B, lo que, a su juicio, entra en contradicción con la previsión del apartado 8 del Anexo I del PPT respecto de la advertencia de no incluir en el sobre B *“ningún tipo de mejora que haya de valorarse en la fase posterior selectiva de ‘criterios valorables en cifras y porcentajes’ (sobre C).(…)”*.

Por su parte el órgano de contratación aduce que dicho apartado 8 del Anexo I del PPT, como se desprende de su literalidad, hace referencia a la exclusión del licitador por incorporar en el sobre B documentación que ha de ser incorporada y valorada en el sobre C, pero en modo alguno hace referencia a la no puntuación de determinado apartado. Es la omisión en la exigencia de presentación de la representación en entorno BIM en formato de intercambio IFC lo que lleva a los Servicios Técnicos de EMVS a no valorar dicho apartado.

Las alegantes se pronuncian en idéntico sentido indicando además que la pretensión de la recurrente supone un trato discriminatorio respecto del resto de las ofertas. Además Aybar Mateos Arquitectos señala que *“este concurso tuvo un proceso de consultas y respuesta de dudas ágil y eficaz por parte de la administración en el que poder realizar preguntas, que fueron contestadas*

sucesivamente y publicadas en el perfil del contratante. En caso de que el licitador referido hubiese tenido dudas sobre donde introducir información podía haberla consultado". De acuerdo con lo alegado respecto de la nulidad de los pliegos lo que realiza la Mesa de contratación es una comprobación de los datos obrantes en el sobre B, con los contenidos en el sobre C. Sin embargo, no cabe desconocer que en caso de discrepancia la Mesa en lugar de decidir la exclusión de las ofertas en que se diera esta circunstancia, decide tomar los datos del sobre B.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009) o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En este caso el apartado 16 del anexo I establece al regular criterios de adjudicación no valorables en cifras o porcentajes, en concreto en su apartado 1.2. que a la representación gráfica, se le otorgarían de 0 a 5 puntos, definiendo este criterio de la siguiente forma *"Se presentarán un máximo de 5 (cinco) hojas tamaño DIN A3 a una sola cara que contengan todo la documentación gráfica que defina suficientemente la propuesta arquitectónica (plantas, alzados, secciones, tipos de viviendas, detalle de fachada, perspectivas etc.). Esta presentación podrá obtener un máximo de 3 puntos.*

A la presentación realizada en entorno BIM, nivel de definición LOD 100 (level of development specification 2013) se le otorgará hasta un máximo de 5 (cinco), debiendo presentarse en un formato de intercambio IFC".

Por otra parte respecto de la forma de presentación de la documentación a valorar, la cláusula 18 del PCAP establece que *"Las proposiciones constarán de los*

sobres indicados en el apartado 8 del Anexo I al presente pliego”, recogiendo con carácter general la documentación que de acuerdo con el TRLCSP se incluye en cada sobre. La concreción del contenido de los sobres para este contrato se encuentra en el Anexo I de características generales, en concreto en su apartado 8 que señala “El sobre ‘B’ contendrá la documentación relativa a aquellos otros criterios no evaluables de manera automática mediante cifras o porcentajes y cuya ponderación depende de un juicio de valor” y “El sobre ‘C’ contendrá la documentación relativa a aquellos otros criterios evaluables de manera automática mediante cifras o porcentajes, incluyéndose en este sobre la proposición económica, según el modelo contenido en el Anexo II del presente pliego y el modelo de declaración del resto de criterios según el modelo contenido en el Anexo X del presente pliego. También se incluirá un CD con formato Excel”, conteniendo asimismo la prevención de que los licitadores no deberán incluir en el sobre B ningún tipo de mejora que haya de valorarse en la fase posterior selectiva de “criterios valorables en cifras y porcentajes” (sobre C). La confusión de la documentación a aportar en cada sobre podrá suponer que la Mesa de contratación decida la exclusión.

De esta forma resulta indubitado que la presentación de representación gráfica (planos y alzados) del proyecto debe incorporarse como parte de la Memoria técnica en el sobre B ya que se trata de un criterio valorable mediante juicio de valor, y que dentro del criterio “Propuesta técnica: 0 a 17 puntos”, se atribuye 5 puntos a la presentación de la representación gráfica en un formato determinado.

No hay duda alguna sobre el contenido de los pliegos y la forma en que se debían presentar las proposiciones. Sin embargo, la recurrente señala que en la Memoria justificativa que presentó en el sobre B se especifica que “se entrega en formato IFC, la modelización con el nivel de definición inicial solicitado (LOD 100)”, incorporándose en el DVD incluido en el sobre C. Explica que dicha inclusión en el sobre C se debió a que el PCP se refiere a la modelización “en formato IFC” lo que requiere su inclusión en soporte informático, y no en papel como exige para la documentación a incluir en el sobre B, permitiéndose exclusivamente la aportación

de CD o DVD en el sobre C, pero no como documento del sobre B y porque el nivel de definición del archivo establecido en el apartado 16 del Anexo I del PCP (LOD 100) permite conocer elementos valorables en cifras o porcentajes propios del cuadro de Excel del sobre C, en concreto el punto 16.2.4, Superficie de zonas comunes, supuesto que sería motivo de exclusión. Es, por la información que contiene la modelización de cualquier edificio en entorno BIM, por lo que esta parte procedió a su presentación dentro del CD incluido en el sobre C.

Como decimos no hay ninguna duda de la forma en que deben presentarse las proposiciones, y la circunstancia de que el sobre B se refiera a documentación y el sobre C mencionara la inclusión de un CD con la oferta en formato Excel, no permite en modo alguno considerar que el PCP solo permitiera la documentación en soporte papel (ambos soporte papel y digital son documentos) en cuanto a los datos de los criterios valorables mediante juicio de valor y en el sobre C en formato digital.

En cuanto al motivo relativo a la inclusión de elementos valorables de forma automática como es el caso de las superficies de las zonas comunes, apartado 16.2.4 del PCP, aduce el órgano de contratación que la representación gráfica que se solicita en el sobre B mediante el entorno BIM en formato IFC no supone un mayor desvelo de la información que la que puede aportarse en planos de dibujo en papel incorporados a dicho sobre B, sino que aporta una información más precisa, sin que ejerza ningún desvelo de información o pueda contaminar los aspectos que han de valorarse en el sobre C.

Comprueba este Tribunal que la recurrente aporta un CD que incluye en el sobre que denomina 3, en el que se incorpora el contenido de los sobres 1, 2 y 3. El contenido del sobre 2 (B) incluye el cronograma, la documentación gráfica, memoria y metodología y plan de trabajo y el contenido del sobre 3 incorpora, además de los anexos con la oferta económica, archivo IFC y archivo Revit. Por otro lado en la documentación gráfica aportada por la recurrente en el sobre 3 tanto para el lote 3 como para el lote 2 se incorporan ciertos datos que podrían ser valorados de forma objetiva como el número de viviendas y sus superficies útiles. Ello denota un

incorrecto entendimiento del PCP, en concreto en la consideración de que el concepto documento solo se refiere al soporte papel, ya que en buena lógica si el problema hubiera sido el de la inclusión de datos valorables objetivamente entre la documentación correspondiente a criterios sujetos a juicio de valor, tampoco se habrían ofrecido los datos más arriba indicados.

En todo caso no son relevantes jurídicamente las razones que llevaron a entender al recurrente que no podía incluir en el sobre B la representación gráfica mediante el entorno BIM en formato IFC, en tanto en cuanto de haber advertido la imposibilidad jurídica de aportar la documentación tal como la exigía el PCP debería haber procedido a su impugnación o cuando menos a solicitar una aclaración sobre este extremo, circunstancia que no consta en el expediente.

Lo que sí es relevante es la determinación del alcance de las consecuencias del error tanto desde el punto de vista de la vulneración del principio de igualdad aducida por el recurrente, como desde la posibilidad de su subsanación o aclaración.

Con carácter general, en cuanto al procedimiento y orden de apertura de ofertas el TRLCSP y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante RD 817/2009) regulan con detalle todo lo relativo a la presentación de proposiciones, el orden de apertura y valoración de ofertas, cuestiones de especial trascendencia en el procedimiento de contratación del sector público. En concreto, por lo que se refiere al orden de apertura de las proposiciones de los licitadores, el apartado 2 del artículo 150 del TRLCSP establece (...) *“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinará los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada. (...)”*.

Por su parte, el artículo 26 del RD 817/2009 establece que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos”*. Mientras que su artículo 30.2 previene que *“2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. 3. La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública”*.

Es decir, la normativa establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, todo ello con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor.

El hecho de que la legislación de contratación pública establezcan que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del órgano de contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor “mediatizado”, o, si se prefiere, “contaminado” por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes.

En este caso la valoración del criterio *“representación gráfica mediante el*

entorno BIM en formato IFC”, debía hacerse necesariamente con anterioridad a la asignación de los puntos correspondientes a los criterios objetivos, de manera que la falta de aportación del soporte técnico que permitía esta posibilidad en la fase correspondiente, determina la imposibilidad de su valoración y su subsanación en la fase ulterior de valoración, so pena de nulidad de todo el procedimiento de licitación, como ha declarado este Tribunal entre otras en Resolución 24/2014, de 5 de febrero y ha señalado también la doctrina del resto de tribunales de contratación pública.

Debe por último examinarse si se ha vulnerado el principio de igualdad rector de la contratación pública invocado por la recurrente. La obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones debe producirse tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 45, y de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, apartado 37). Debe partirse para ello de la concepción de que la preservación del principio de igualdad entre los licitadores, la necesidad de que todos los elementos que configuran la exigencia sean homologables u homogéneos para permitir la comparación de situaciones homólogas puesto que no existe vulneración del principio de igualdad, de manera que las situaciones fácticas de base que determinan el juicio de comparación sean iguales.

En este caso la Mesa de contratación acepta una serie de criterios propuestos por uno de los técnicos ante las discrepancias entre los datos consignados en los anexos del sobre C y la representación gráfica del sobre B, que a la postre consisten en una aclaración de las ofertas, sin haberse dirigido a los licitadores en tal sentido.

Ciertamente ante las divergencias internas de la oferta y las divergencias en conceptos entre las mismas la solución adoptada por el órgano de contratación tenía por finalidad objetivar en la medida de lo posible datos inciertos, por lo que se elige entre las dos opciones posibles, aquella que resulta más completa. Ahora bien en el caso de incongruencia interna de las ofertas ante la imposibilidad de tener por cierto

un dato frente a otro, la Mesa debería haber excluido las ofertas en que concurriera esta circunstancia. No habiéndolo hecho así.

La restauración de un principio eventualmente vulnerado no puede verificarse mediante la realización de actuaciones contrarias a la Ley que es lo que en definitiva solicita la recurrente, que por otro lado no pide que se anule el procedimiento de licitación o que se excluyan las ofertas de las licitadoras que hubieran incluido datos incongruentes, por lo que atendiendo al principio de congruencia establecido en el artículo 49 del TLRCSP debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

Sexto.- Se aduce por el recurrente que deben excluirse las ofertas de la UTE Langarita Navarro-Olalquiaga y de la UTE HERR MAN-M.H.-D.B., ya que en la memoria justificativa y planos de las propuestas presentadas por una y otra, se incluyen elementos valorables en cifras y porcentajes a expresar en el cuadro del sobre C, vulnerándose así lo expresamente establecido en el apartado 8 del Anexo del PCP.

En concreto señala que en ambas Memorias se incluyen elementos de mejora valorables en cifras o porcentajes, tales como la transmitancia de la envolvente, emisiones de CO₂ del edificio, la demanda energética renovable *in situ* o la demanda energética total del edificio.

Indica al respecto el órgano de contratación que la representación gráfica mediante el entorno BIM en formato IFC no supone un mayor desvelo de la información que la que puede aportarse en planos de dibujo en papel incorporados a dicho sobre B, sino que aporta una información más precisa, sin que ejerza ningún desvelo de información o pueda contaminar los aspectos que han de valorarse en el sobre C.

Por su parte la UTE Langarita-Olalquiaga afirma que dado que el recurrente no especifica qué causa de las contempladas en la cláusula 16 del PCP se ha incumplido, amén de que no concurre ninguna de ellas, no cabe apreciar este motivo

de recurso. Mientras que la UTE HERR MAN-M.H.-D.B. señala que no aportó en el sobre B ningún tipo de mejora ni incurrió en la confusión que alega la recurrente limitándose a cumplir la exigencia del apartado 16.1.1 del Anexo I del PCAP, a lo que añade que la propia recurrente aporta la memoria exigida en el apartado del Anexo I comentada y que si consideraba que ello vulneraba el principio de igualdad debería haber recurrido los pliegos.

Señala el PCP en su apartado 16 que *“Se deberá aportar breve memoria justificativa, con un máximo de 6 hojas DIN A4 a una sola cara, de la propuesta arquitectónica y constructiva adoptada en base a las condiciones establecidas por EMVS en el PPT (prescripción segunda)”*, exigencia que se concreta en que la propuesta técnico-edificatoria deberá desarrollarse a nivel de anteproyecto y según el nivel de definición especificado en el apartado 16.2 del Anexo I del PCP, esto es de los criterios valorables en cifras o porcentajes. De manera que son los propios pliegos los que de un lado prohíben la inclusión de datos relativos a los criterios objetivos ente la documentación atinente a criterios objetivos (cláusula 8 del PCAP) pero por otro lado exigen que en la memoria valorable subjetivamente se incorporen datos valorables objetivamente como la edificabilidad, número de viviendas, emisiones de CO₂ etc.

Se comprueba por el Tribunal que en el sobre dos de ambas licitadoras se incluye una memoria, como exige el PCP, que incluye número de viviendas su superficie, se aportan datos de ahorro energético, el número de viviendas adaptadas, etc.

En la memoria de la oferta de la UTE Langarita Navarro-Olalquiaga tanto para el lote 2, como el 3 la Rosilla 2 y 3 respectivamente:

-página 3 consta el número de viviendas ofertadas indicando: *“programa 73 unidades propuestas 78 unidades”* (criterio objetivo 1),

-página 3 se indica que *“todas las viviendas disponen de ventilación cruzada mediante fachadas enfrentadas”*, (criterio objetivo 3),

-página 5 *“con estos datos la transtamitancia total de la envolvente es de 0,25*

$W/m^2/K$ ” (criterio objetivo 7),

- página 5 se contiene un apartado con el título EMISIONES DE CO₂,
- planos aparece la representación a escala de las zonas comunes (criterio 4).

Respecto de la UTE HERR MAN-M.H.-D.B., consta en las memorias:

- página 3/6 expone que *“ZIGZAG ha cumplido con el programa mínimo exigido por el pliego de condiciones del concurso, y ha aumentado el número de viviendas hasta 78: (...)”* (criterio objetivo 1),
- plano de superficies: superficie construida zona común 786.07 m², ofreciendo la ratio entre superficie construida de las zonas comunes y de las viviendas: 0,126.

Si bien los errores cometidos al introducir elementos valorables en cifras y porcentajes en el sobre de criterios valorables mediante juicio de valor se derivan de la incorrecta configuración de los pliegos, lo cierto es que en trámite de alegaciones sobre la posibilidad de declarar su nulidad de oficio, las dos empresas afectadas han mantenido la improcedencia de la nulidad de la licitación sosteniendo incluso que un licitador cuidadoso podría cumplir con los pliegos sin incumplirlos en sus estrictos términos. De esta forma comprobado por el Tribunal que ambas licitadoras han padecido un error que determina conforme más arriba se ha indicado su exclusión del procedimiento, y habiéndolo solicitado así la recurrente de forma subsidiaria a la valoración de la presentación del proyecto en formato FIC, no cabe sino estimar esta pretensión procediendo la exclusión de las ofertas de ambas licitadoras de los lotes 2 y 3, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento de la valoración y clasificación de ofertas, para solicitar la documentación precisa para ser adjudicataria a la empresa que cumpliendo las exigencias de la licitación haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Sentado lo anterior no procede entrar a conocer del último de los motivos de recurso hechos valer por la recurrente, consistente en la falta de acreditación de los ahorros energéticos propuestos por la UTE HERR MAN-M.H.-D.B.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.P.L., en nombre y representación de los licitadores en compromiso de UTE F.P.L. y J.G.C., contra la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación del día 23 de noviembre de 2017 (lotes 2 y 3) del contrato de “Servicios de elaboración de proyecto básico, proyecto de ejecución, dirección de obra y de ejecución de obra, coordinación de seguridad y salud y trabajos complementarios (5 lotes) en los distritos de Villa de Vallecas y Puente de Vallecas de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto, promovido por Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.”, número de expediente: 067/2017, en el sentido del fundamento de derecho sexto de esta Resolución.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.