

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

En Madrid, a 4 de agosto de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.H.A., en nombre y representación de la Sociedad Cooperativa Madrileña Jauja de Responsabilidad Limitada, contra el Acuerdo de fecha 27 de junio de 2017, del Pleno de la Corporación, por el que se adjudican los lotes I y II del contrato “Concesión del servicio de Escuelas Infantiles Talín, Tamaral y Tacataca, de Majadahonda”, número de expediente: 83/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En el DOUE de 30 de diciembre de 2016 y en Boletín Oficial del Estado de fecha 7 de enero de 2017 se publicó el anuncio del Ayuntamiento de Majadahonda por el que se convoca licitación pública para la concesión del servicio de Escuelas Infantiles Talín, Tamaral y Tacataca de Majadahonda. El valor estimado del contrato asciende a 13.118.814,03 euros.

**Segundo.-** El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que ha de regir el contrato establece en su cláusula 1.8 los criterios objetivos de adjudicación:

*“El presente baremo (criterios de Adjudicación y su ponderación) es la traslación precisa del baremo aprobado por unanimidad de la Asamblea Regional de la comunidad de Madrid el 5 de noviembre de 2015.*

*El licitador deberá presentar una oferta para cada lote a los que pretenda licitar. Se valorarán, sobre un total de 100 puntos, los siguientes aspectos:*

*1. Proyecto educativo y organizativo del centro: hasta 50 puntos (Criterio evaluable mediante juicio de valor).*

*1.1. Proyecto educativo y organizativo del centro: hasta 40 puntos. La puntuación se distribuirá en los siguientes apartados:*

- Fundamentación legal y teórica... hasta 2 puntos.*
- Proceso y criterios para la elaboración del Proyecto Educativo... hasta 2 puntos.*
- Propuesta pedagógica del centro (incluyendo la Unidad de programación por cada nivel de edad... Hasta 10 puntos.*
- Plan de atención al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo... hasta 7 puntos.*
- Acciones encaminadas a fomentar la calidad... hasta 3 puntos.*
- Proyecto de gestión de los recursos humanos, materiales y económicos... hasta 5 puntos.*
- Normas de organización, funcionamiento y convivencia... hasta 5 puntos.*
- Propuesta de actividades complementarias... hasta 1 punto.*

*1.2. Proyecto de iniciación al inglés: hasta 10 puntos.*

- Horas semanales de exposición al idioma inglés por cada grupo de edad ... hasta 5 puntos.*
- Metodología didáctica... hasta 5 puntos.*

*Quedará excluida la propuesta que no alcance una puntuación de al menos 25 puntos del total del apartado 1.*

*2. Precio propuesto: hasta 35 puntos (Criterio evaluable mediante aplicación de fórmula).*

*Se valorará el importe global del proyecto por curso para el funcionamiento del centro en función de las propuestas elaboradas por cada entidad licitadora en concepto de escolaridad (siete horas), comedor escolar y horario ampliado (hasta tres horas valorado en periodos de media hora). La oferta se presentará según el modelo de proposición adjunto como Anexo I a este informe.*

*Obtendrá 35 puntos la oferta que presente el importe global del proyecto por curso más bajo.*

*Obtendrá cero puntos la oferta cuyo importe global por curso coincida con el valor máximo global del proyecto por curso.*

*Para las ofertas intermedias la puntuación obtenida se calculará aplicando la siguiente fórmula:*

*(...)*

*3. Personal que desarrollará el proyecto: hasta 15 puntos (Criterio evaluable mediante aplicación de fórmula).”*

**Tercero.-** El Pleno Municipal del Ayuntamiento de Majadahonda celebrado el 31 de enero de 2017 aprueba la designación de los miembros que constituirán la Comisión de Valoración de los criterios sometidos a juicio de valor del contrato de concesión de las escuelas infantiles. La creación de esta comisión viene determinada por la cláusula XVII del Informe Técnico Memoria explicativa del contrato y la cláusula 14.6 del PCAP que dice:

*“Se constituirá una comisión de valoración de los criterios sometidos a un juicio de valor, integrada hasta un máximo de cinco miembros: el Jefe de Servicio del Área de Educación del Ayuntamiento de Majadahonda, dos Psicólogos del Área de Educación del Ayuntamiento de Majadahonda, un Director de la Red Pública de Escuelas de la Comunidad de Madrid y un representante de la Comunidad de Madrid.”*

**Cuarto.-** La recurrente presentó oferta a los lotes I y II, quedando clasificada en segundo lugar en ambos.

En sesión ordinaria de 27 de junio de 2017 el Pleno del Ayuntamiento de Majadahonda aprobó adjudicar el contrato de concesión del servicio de Escuelas Infantiles. Para el lote I (Escuela Infantil Talín) a la empresa Babyteca, S.L; para el lote II (Escuela Infantil Tamaral) a la empresa Babyteca, S.L. y para el lote III (Escuela Infantil Tacatata) a la empresa Escuela y Parque Infantil Pequeñines, S.L. La aprobación tuvo lugar una vez sometida a votación la propuesta de la Mesa de contratación, por once votos a favor correspondientes al Grupo municipal Popular, siete votos en contra correspondientes al grupo municipal Socialista, Somos Majadahonda e Izquierda Unida y siete abstenciones correspondientes a los grupos municipales Ciudadanos y Centrista.

**Quinto.-** El 14 de julio de 2017 se presentó recurso especial en materia de contratación, formulado por la Sociedad Cooperativa Madrileña Jauja de Responsabilidad Limitada, contra el acuerdo plenario de 27 de junio, en el que solicita.

*“1º. El acceso al expediente administrativo, con posibilidad de obtención de copias, especialmente del proyecto educativo y organizativo presentado por la mercantil BABYTECA, S.L., por el plazo reglamentariamente procedente, con el fin de completar este recurso en su caso; por los motivos expuestos en la Alegación A) del presente recurso.*

*2º. La nulidad del criterio evaluable mediante juicio de valor proyecto de iniciación al inglés, "Horas semanales de exposición al inglés por cada grupo de edad", en los términos y por las razones expuestas en la Alegación B) del presente recurso.*

*Subsidiariamente:*

*3º. La retroacción de actuaciones al momento de la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor procediendo a una nueva ponderación y puntuación del criterio 1.2 Proyecto de iniciación al inglés, por los motivos expuestos en la Alegación C.2) del presente recurso; excluyendo a los licitadores que no alcancen el umbral de 25 puntos.*

*4º. La retroacción de actuaciones al momento de la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor procediendo a una nueva justificación, valoración*

*y comparación de las distintas ofertas y consiguiente puntuación congruente y sujeta al principio de proporcionalidad, por los motivos expuestos en la Alegación C) del presente recurso; y disponiendo la exclusión de los licitadores que no alcancen el umbral de 25 puntos.*

*5ª. En defecto de lo anterior, la nulidad del procedimiento.*

*6º. En cualquier caso, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, anular el Acuerdo de adjudicación dado que el Ayuntamiento de Majadahonda ha debido entender que el licitador BABYTECA, S.L. ha retirado su oferta, procediendo a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, es decir la SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEAA JAUJA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA; por los motivos expuestos en la Alegación D) del presente escrito de recurso.”*

**Sexto.-** Por lo que respecta a la primera de las pretensiones, el acceso al expediente, el artículo 16.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.”*

Mediante escrito de 29 de mayo de 2017, la Sociedad Cooperativa Madrileña Jauja solicita al Ayuntamiento que *“le sea facilitado el acceso a los proyectos educativos y organizativos del centro presentado por las demás licitadoras, con obtención de copia del presentado por la licitadora BABYTECA, S.L.”*

Mediante escrito de 12 de junio de 2017 de la Técnico de Administración General de la Concejalía de Educación, Cultura y Juventud, tras analizar la procedencia o no del anuncio de interposición de recurso especial en materia de contratación, y tras remitirse a un Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (referido esencialmente a la motivación de la adjudicación y la improcedencia del acceso y copia de proyectos respecto de los cuales pueda existir un proyecto de propiedad intelectual) el Ayuntamiento deniega dicha solicitud relegando el acceso al expediente a un momento posterior a la adjudicación y previa solicitud y descartando, en todo caso, la obtención de copias al concluir que *“una vez realizada la adjudicación del contrato, que suponga la finalización del procedimiento podrá solicitar el acceso al expediente pero no obtener copias de los presentado por los demás licitadores”*.

Una vez recibida la negativa del órgano de contratación, no volvió a formular la propuesta cuando se le notificó el 28 de junio la adjudicación del contrato, momento en el que podía interponer el recurso especial.

**Séptimo.-** Con fecha 19 de julio, el Tribunal acordó mantener la suspensión de los lotes I y II del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, como consecuencia de los recursos 208/2017 y 211/2017, interpuestos respectivamente por la Sociedad Cooperativa Madrileña Jauja de Responsabilidad Limitada y por el grupo municipal Socialista. Como consecuencia de la interposición del recurso 213/2017 por el grupo municipal Izquierda Unida, se procedió también a la suspensión del lote III el 26 de julio.

**Octavo.-** El 21 de julio el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 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).

**Noveno.-** Este Tribunal, mediante Acuerdo de 26 de julio de 2017 acordó denegar el acceso al expediente pedido en el recurso al no haberlo solicitado durante el plazo de interposición del mismo.

**Décimo.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de la adjudicataria de los lotes I y II Babyteca, S.L. que solicita la desestimación del recurso por los motivos alegados que serán tenidos en cuenta para la resolución del recurso, fundamentalmente que en el recurso se manejan datos que no se corresponden a la realidad del pliego y de la oferta presentada, interpretándolos de forma parcial e interesada para desacreditarlos.

## **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.-** La recurrente aparece clasificada en 2º lugar en los lotes 1 y 2, discutiendo la adecuada valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, por lo que pudiera obtener la condición de adjudicataria u obtener la pretensión subsidiaria de anulación del procedimiento.

En consecuencia, está legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP que establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.



Por el órgano de contratación se opone la falta de legitimación activa con respecto a la Alegación B) (inclusión de un criterio de adjudicación sujeto a fórmula entre los sujetos a juicio de valor), planteada por el recurrente, por ser extemporánea, al considerar que el transcurso de los plazos para recurrir los pliegos sin haberlo hecho, dado el carácter preclusivo y de caducidad de los mismos, supone la conversión del acto en consentido y firme. En el Fundamento de derecho en que se proceda al análisis de este motivo de recurso se procederá al pronunciamiento sobre esta excepción.

**Tercero.-** El plazo de interposición del recurso es de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, computado desde la remisión de la notificación de adjudicación que tuvo lugar el 28 de junio, por lo tanto el recurso interpuesto el día 14 de julio, formalmente contra la adjudicación se habría interpuesto en plazo.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso formalmente contra la adjudicación de un contrato calificado como concesión de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP. Ello sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto de la Alegación B) (inclusión de un criterio de adjudicación sujeto a fórmula entre los sujetos a juicio de valor), planteada por el recurrente.

**Quinto.-** En primer lugar se invoca la introducción y aplicación de criterio cuantificable mediante la mera aplicación de fórmula entre los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor.

En concreto, dentro del apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP, el criterio 2 valora el proyecto de iniciación al inglés que puntúa:

*“1. Horas semanales de exposición al idioma inglés por cada grupo de edad... hasta 5 puntos.*

*2. Metodología didáctica... hasta 5 puntos.”*



En el Informe de la comisión de valoración de los criterios sometidos a juicio de valor de fecha 22 de mayo de 2017 (Pág. 985) se señala que *“Para un mejor entendimiento de la valoración del apartado 1.1.2.1.- Horas semanales de exposición al idioma inglés para cada grupo de edad (hasta 5 puntos) se informa lo siguiente:*

*En consonancia con lo establecido en los pliegos, el licitador que oferte un mayor número de horas de exposición al inglés por cada grupo de edad obtendrá la máxima puntuación, 5 puntos, siendo proporcional la puntuación que obtenga cada uno de los demás licitadores al número de horas de exposición al inglés que oferten.”*

Advierte la recurrente que el referido apartado no se refiere a “mayor” número de horas semanales de exposición sino a *“horas semanales de exposición”*. Si el concepto citado de *“Horas semanales de exposición al idioma inglés por cada grupo de edad”* implica sin más que a la oferta que proponga más horas de inglés se le otorgan 5 puntos sin tener en cuenta la metodología didáctica propuesta, en tal caso estaríamos en presencia de un criterio evaluable de forma automática mediante la aplicación de fórmula.

El informe del órgano de contratación al recurso explica que la forma de valorar este criterio es la que parece más razonable y la que dispensa un trato más objetivo y proporcional a todos los licitadores y así ha sido considerado por la comisión de valoración puesto que es la que guarda más coherencia con el pliego.

El artículo 150.2 del TRLCSP establece que *“los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”*.

*(...) 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 determinarán 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”.*

Tal y como entre otras ha señalado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 24/2014, de 5 de febrero, o en la 85/2015, de 12 de junio, la razón de ser de que la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. A ello responde la prohibición del artículo 26 del 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, que 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 aquéllos.”* La obligación de guardar secreto de las ofertas se vincula, además, con el principio de igualdad de trato recogido entre otras muchas en las Sentencias del TJUE Concordia Bus Finland de 17 de septiembre de 2002 y la Sentencia SIAC Construction de 18 de octubre de 2001.

Por otro lado, tal como señala la sentencia STSJ Madrid 506/2015, de 30 diciembre de 2015. Rec 707/2014. El orden de apertura es una salvaguarda en garantía la imparcialidad y objetividad del proceso de licitación y del secreto de las ofertas, constituyendo una obligación de la Mesa de contratación la motivación de por qué el conocimiento de un dato afecta de forma relevante a la valoración de los criterios de adjudicación hasta el punto de provocar la exclusión. Con objeto de mantener la máxima objetividad en la valoración de las respectivas ofertas, la doctrina administrativa y la jurisprudencia han establecido que al ser la exclusión de un licitador una decisión radical y extrema, antes de adoptarla hay que valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, constituyendo una obligación de la Mesa

de contratación la motivación suficiente en el expediente de porqué el conocimiento de un dato económico afecta de forma relevante la valoración de los criterios técnicos hasta el punto de provocar la exclusión del licitador, motivación que en el caso presente no se incluye en el recurso. En consecuencia, debe destacarse que se verían comprometidas la imparcialidad y la objetividad en el proceso de adjudicación si el Órgano de contratación o la Mesa de contratación tuviesen un conocimiento anticipado de la proposición económica del licitador, por constituir un criterio evaluable automáticamente y no dependiente de un juicio de valor, todo ello con el consiguiente riesgo de favorecimiento de una determinada oferta en razón a ese conocimiento previo, en perjuicio de las restantes ofertas, viéndose menoscabado el principio de igualdad de trato a los licitadores; lo que requiere asegurar que la Mesa de contratación no se verá afectada en su objetividad e imparcialidad por el conocimiento anticipado de la oferta económica del licitador, lo que nos lleva a concluir que la Mesa de Contratación no puede tener conocimiento de las proposiciones económicas de los licitadores con anterioridad a la valoración de los criterios técnicos, no valorables en cifras o porcentajes o dependientes de un juicio de valor, pues tal proceder menoscabaría los principios de imparcialidad y objetividad en el procedimiento de adjudicación que deben presidir su actuación.

El número de horas de exposición al inglés se valora de forma totalmente objetiva en función únicamente del número ofrecido. La vinculación con la necesidad o conveniencia en relación al proyecto educativo es objeto de valoración en otro apartado “metodología didáctica”, valorable con hasta 5 puntos, que puede valorar negativamente a quien presentó mayor número de horas y mejor a quien menos. Así se estableció en el pliego y cada uno de los apartados del criterio relativo al proyecto de iniciación al inglés valora aspectos distintos. Es habitual en los informes de valoración explicar el sistema de asignación de puntos e intentar objetivarlo sin que ello pueda suponer introducir criterios no previstos, situación que no se da en el presente caso.

Es cierto que la aplicación del criterio se puede objetivar conociendo el número de horas en que se hará la exposición al idioma inglés. No requiere ningún

juicio de valor sino que puede ser automática e incluirse entre los criterios de este tipo. Sin embargo la existencia y formulación del criterio fue conocido por todos los interesados, recurrente incluido, sin que se interpusiera recurso, por lo que quedó consentido ex artículo 145 del TRLCSP por la presentación de oferta en el procedimiento.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que *“(...) puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico”*. Y finaliza concluyendo que *“la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho”* (Sentencia 4517/2004, de 28 de junio).

Es cierto que en ocasiones este Tribunal ha procedido a la anulación de los pliegos no impugnados cuando de la aplicación de los mismos se deriva la vulneración de los principios que rigen la contratación pública, que no pudo ser advertida de la lectura diligente de los mismos, sino hasta su efectiva aplicación. En caso contrario, se impone inexorablemente el recurso contra el PCAP para declarar su nulidad, en virtud de la vinculación que producen los pliegos para los licitadores. Esta solución es la aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13 “eVigilo Idt”, cuando señala *“En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los*

*motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”.*

A juicio de este Tribunal no se dan en el presente caso las circunstancias precisas para aplicar esta doctrina, puesto que la recurrente ni siquiera invoca que la aplicación no se corresponde con lo previsto en el pliego sino la indebida inclusión como criterio sujeto a juicio de valor. A ello debe añadirse que no se impugnaron los pliegos en el momento oportuno siendo vinculantes tanto para los licitadores como para el órgano de contratación, que los ha de aplicar en sus propios términos. Procede pues inadmitir el motivo de recurso por extemporáneo.

**Sexto.-** En segundo lugar se alega falta de motivación, arbitrariedad y errores manifiestos en las puntuaciones asignadas a los criterios evaluables mediante juicio de valor, debiendo haberse excluido a la mercantil Babyteca, S.L. conforme a lo previsto en el PCAP.

Reconoce la recurrente ser conocedora de que los criterios evaluables mediante juicios de valor están sometidos a discrecionalidad técnica, pero también que esta tiene límites, intentando razonar cómo en el presente caso la valoración y puntuación de los criterios evaluables mediante juicio de valor hecha por el Ayuntamiento de Majadahonda ha incurrido en arbitrariedad, con vulneración de los principios de igualdad de trato entre los candidatos y transparencia de los artículos 1 y 139 del TRLCSP. Entiende que no existe congruencia en el contenido del informe técnico, pues desgranando y analizando punto por punto cada uno de los criterios y el juicio de valor sobre cada una de las plicas en cada uno de los mismos y la puntuación otorgada, se podrá comprobar no solo que no existe juicio comparativo alguno sino que tampoco existe congruencia entre los comentarios que hace la comisión y los puntos que otorga. Y no es cuestión de que a la Sociedad Cooperativa recurrente se le haya puntuado más alto que a las demás licitadoras en la mayoría de los criterios o subcriterios sujetos a juicio de valor, sino que ante una flagrante incoherencia y una palmaria falta de proporcionalidad están sobrevalorados los proyectos de los demás licitadores. Considera que el hecho de haberse emitido

los juicios de valor y asignado las puntuaciones en la forma en que se ha hecho por el Ayuntamiento de Majadahonda, implica que estamos ante una actuación que entra de lleno en el ámbito fiscalizador de los tribunales. Seguidamente hace un prolijo y exhaustivo análisis del informe de la comisión de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor desde varias perspectivas:

- Naturaleza y características de los comentarios sobre los criterios evaluables mediante juicio de valor.
- La valoración y puntuación de las ofertas en cuanto a tres aspectos esenciales del proyecto educativo:
  - Fundamentación legal y teórica.
  - Propuesta pedagógica del centro.
  - Plan de atención al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.
- Incumplimiento de la normativa por BABYTECA, S.L. en cuanto a aspectos esenciales del Proyecto educativo.
- Errores manifiestos en la valoración a la Sociedad Cooperativa Madrileña Jauja de Responsabilidad Limitada de varios criterios del Proyecto educativo.
- Indebida aplicación de la valoración y puntuación del criterio "Proyecto de Iniciación al Inglés".

El informe del órgano de contratación comienza poniendo en conocimiento de este Tribunal que los criterios de adjudicación y su ponderación, establecidos en la Cláusula XI del Informe-Propuesta emitido por el Director de Educación, son los recogidos en el Baremo Actualizado para aplicar a los Concursos Públicos para la gestión de Escuelas Infantiles de la Red Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad por Resolución de la Asamblea Regional de 5 de noviembre de 2015, *"conforme al procedimiento habitual y en el marco de la normativa vigente"*. Recuerda también que la cláusula 14.6 del PCAP indica que *"se constituirá una comisión de valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, integrada hasta un máximo de cinco miembros: el Jefe de Servicio del Área de Educación del Ayuntamiento de Majadahonda, dos Psicólogos del Área de Educación del Ayuntamiento de Majadahonda, un Director de la Red Pública de*

*Escuelas de la Comunidad de Madrid y un representante de la Comunidad de Madrid.” En el presente caso, insiste, la constitución de la Comisión de Valoración no obedecía a ningún imperativo legal sino a una cuestión opcional y, como tal, perfectamente evitable puesto que, como se ha señalado, el criterio de adjudicación sometido a un juicio de valor no es superior a los criterios evaluable de forma automática.*

El órgano de contratación, en su informe al recurso, indica que Babyteca, S.L. *“no está incumpliendo nada, simplemente no ha incorporado a su oferta algunos contenidos, como el resto de ofertas presentadas y, por ello, la puntuación que ha obtenido en ese apartado valorado es menor que la de otras ofertas. Es evidente que esas carencias, las de cualquiera de las ofertas, no pueden invalidar la oferta en su totalidad, por muy importante que pueda parecernos, y nos lo parece, la parte educativa en esta prestación de servicio”.* En cuanto a la reclamación de mayor puntuación a la oferta de la sociedad Cooperativa Jauja señala que *“A título de ejemplo y sólo en el primer apartado (1.1.1.2) que la recurrente afirma que hay error manifiesto en la puntuación otorgada en este apartado, al incluir su oferta los contenidos para una mayor puntuación, hemos de reflejar que ha obviado información relevante al respecto. En su oferta no se informa de quién aprueba y elabora el PEC, por ejemplo. En los demás casos, la oferta no incluye información que los cinco miembros de la comisión consideramos relevante en este apartado de los 8 que componen este punto, no obstante lo anterior esta oferta ha obtenido 5,52 puntos de un máximo posible de 7 puntos”.* En relación con la extensa argumentación sobre la idoneidad de las horas de exposición al inglés, sobre el desarrollo curricular del mismo para el primer ciclo de educación infantil y otros argumentos aportados, los cinco miembros de la Comisión de Valoración no pueden entrar a hacer consideraciones a este respecto. La aportación de la Comisión se circunscribe al hecho de valorar las ofertas en los criterios sometidos a juicio de valor

Procede recordar que se trata de la valoración de criterios sujetos a juicio de valor, ámbito en el que juega un papel fundamental la discrecionalidad técnica.



Para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa la Administración debe respetar absolutamente las reglas previamente establecidas por ella en el correspondiente pliego. Los juicios de valor son opiniones o valoraciones sobre el contenido de una proposición a partir del cual se determina su valor a efectos de selección de la mejor oferta, sin que sea aplicable una fórmula matemática para su determinación. Los licitadores tienen derecho a conocer de antemano los criterios de valoración que han de regir el procedimiento, para realizar una propuesta acorde a esos criterios no siendo admisible la valoración con criterios distintos a los contenidos en los pliegos, estando limitada la discrecionalidad a la hora de ponderar la oferta de cada licitador. Esa discrecionalidad en la emisión de los juicios de valor, ha de basarse, en todo caso, en juicios técnicos previamente explicados en los Pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.

Tal como indicó este Tribunal en la reciente Resolución 166/2017, *“La Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2014, recurso 1375/2013, fija el marco de control del poder discrecional frente a la arbitrariedad y su pariente próximo la discrecionalidad extralimitada. Respecto del contenido de la motivación se declara que debe cumplir al menos estas condiciones:*

- a. Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico.*
- b. Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico.*
- c. Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato sobre los demás.*

*La más reciente STS 813/2017, de 10 de mayo, dictada en el recurso 2504/2015, afirma que “la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos*

*los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.*

Sobre lo que la jurisprudencia denomina “núcleo material de la decisión”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el órgano revisor no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.

Si bien la discrecionalidad técnica no es absoluta y podrá ser controlada, corresponde a quien pretende corregirla probar de forma clara y evidente que efectivamente las conclusiones de la comisión de valoración eran arbitrarias o erróneas.

Conviene, en primer lugar, traer a colación el sistema de valoración que en este caso se ha empleado para puntuar homogéneamente a las ofertas y hacer que los juicios de valor sean lo más objetivos posibles: en lugar de hacerse una valoración unipersonal se procedió a constituir voluntariamente una comisión compuesta por cinco especialistas en materia de educación procedentes de distintas administraciones. Cada una de las propuestas ha sido leída y puntuada por cada uno de ellos y la puntuación otorgada ha sido el resultado de obtener la media aritmética. Tal y como se informa por el Área de Educación del Ayuntamiento “*Para la valoración de toda la información contenida en cada una de las ofertas, cada*

*miembro de la comisión disponía de un documento de trabajo. En dicho documento se relacionan, de forma precisa, los contenidos legales, las disposiciones, los planes y los criterios y contenidos pedagógicos y educativos que deben ser referidos en cada uno de los apartados. De esta forma, cada miembro de la comisión realizó una valoración teniendo en cuenta los mismos criterios y contenidos".* El rango de apreciación de los diferentes aspectos a valorar fue concretado desde su publicación en el PCAP que explica que el reparto de los 40 puntos que se pueden obtener en la evaluación del proyecto educativo y organizativo del centro se obtendrán de la valoración de 7 apartados o contenidos, indicando el valor relativo de cada uno, que oscila entre 1 y 10 puntos, según el grado de importancia que previamente se le ha atribuido.

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

De la propia naturaleza subjetiva de este tipo de criterios de adjudicación, debemos tener presente que no existe una única solución técnica para alcanzar el objetivo a valorar y, como sucede con casi todas las soluciones valorables mediante juicio de valor, las soluciones o propuestas no son únicas y además evolucionan y mejoran continuamente a medida que son testados sus resultados para lograr mayores y mejores efectividades, o cuando las circunstancias sociales o el momento histórico es otro. Por otra parte el carácter subjetivo implica que para cada sujeto valorador el mismo proyecto puede suponer valoraciones diferentes. Si la valoración se hubiera realizado con otros componentes de la comisión seguramente la puntuación no habría sido la misma. Nunca van a coincidir a la milésima ni posiblemente con el criterio de otros expertos. Lo decisivo es que la valoración se haga con criterio técnico desde el punto de vista subjetivo de quien valora, no que

todos los miembros hayan de coincidir en la puntuación. De hecho la constitución de la comisión pretende atemperar esa disparidad de apreciaciones.

El principal reproche que hace el recurso a la valoración de los aspectos sujetos a juicio de valor del proyecto educativo y de gestión del centro, es que el informe recoge determinados aspectos negativos o positivos de las ofertas de Babyteca y Jauja sin que tenga, según aduce, como consecuencia inmediata una determinada puntuación, pero no se puede pretender una relación directa con el número de aspectos de uno y otro carácter que se mencionen. La explicación que hace el informe no puede reproducir el contenido íntegro de los proyectos presentados, sino que escoge, en cada uno de los apartados susceptibles de ser valorados, aquellos aspectos que merecen una calificación o juicio de los técnicos informantes sin que cada reproche o cada enaltecimiento supongan el mismo grado de importancia. Incluso coincidiendo el mismo comentario ello no quiere decir que haya sido el único motivo de otorgar o restar la puntuación. Pretender que se agoten el número de comentarios posibles y que se indique la puntuación que le corresponde a cada uno conllevaría modificar el tipo de criterio y convertirlo en uno matemático.

Alega el informe del Ayuntamiento que nada obliga a una exposición amplia de la fundamentación. En este caso, la comisión de valoración de manera sucinta expone las carencias o deficiencias que tiene el proyecto presentado. Explica que se analizó cada una de las propuestas y se optó porque el informe en lugar de ser excesivamente amplio reproduciendo el contenido de la oferta solo destacara los aspectos o carencias de contenido legal, organizativo, pedagógico, administrativo, educativo o de cualquier otro aspecto que restaban valor a la propuesta valorada.

No se puede obviar que el informe de la comisión de valoración está motivado y es producto del conocimiento, saber y criterio técnico de los miembros de la misma, lo que sin perjuicio de las discrepancias o errores que no se han probado, implica la inexistencia de arbitrariedad. La disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de

poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado. Lo que expone el recurrente no deja de ser un juicio de valor subjetivo sobre el informe técnico, ni siquiera un juicio de valor sobre el contenido de las propuestas. No se puede pretender una correlación entre el número de líneas dedicadas a la motivación de la puntuación o en función del número de comentarios positivos o negativos de dicha motivación, pues se estaría obviando el contenido de los proyectos que es lo verdaderamente relevante y el objeto de la valoración.

En ningún caso, la metodología de valoración propuesta por la recurrente, o los juicios subjetivos que le pueda merecer la propuesta competidora, pueden sustituir a la realizada por los cinco miembros de la comisión de valoración.

En consecuencia, este Tribunal ni tiene competencia para atribuir una determinada puntuación, ni puede modificar las otorgadas puesto que no aprecia desigualdad, error, ni arbitrariedad y debe desestimar el motivo de recurso.

**Sexto.-** Finalmente invoca el recurso incumplimiento de las condiciones establecidas en los pliegos, por la empresa Babyteca, S.L., en cuanto a la acreditación de la disposición de los medios personales.

La cláusula 2.2 del pliego de prescripciones técnicas que rige en esta licitación: *“La plantilla de profesionales de la empresa contratista deberá cumplir los siguientes requisitos mínimos:*

*A) En cuanto al equipo educativo:*

*a) Número de profesionales:*

*La plantilla debe contar, como mínimo, con los siguientes profesionales: un director/a del centro y educadores/tutores en número igual al número de unidades del centro más uno.*

*Por cada 6 unidades o fracción deberán contar con un profesional con la titulación de maestro con la especialidad de Educación Infantil o equivalente.*

*Estos profesionales con dedicación a jornada completa constituyen la plantilla mínima del centro, a la que se añadirá el personal propuesto como mejora por el*

*licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa en el conjunto de los apartados del baremo.”*

Además de la documentación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones tributarias y para con la Seguridad Social y de la constitución de la garantía definitiva, la empresa adjudicataria BABYTECA, S.L. presenta declaración responsable sobre medios comprometidos para la ejecución del contrato, concretándose, dice la recurrente, solo en una Educadora (que tiene además la titulación en inglés) y el personal a subrogar.

*En el texto del Acuerdo de adjudicación consta que “para la comprobación de los medios personales... según el RD 18/2008, debe contar con personal cualificado en número de 8+1 educadores. La oferta del licitador amplía en 3 efectivos esa cantidad. Con la subrogación del personal el licitador da cumplimiento a su oferta, no obstante lo cual el licitador incorpora un nuevo contrato de una trabajadora con la titulación de inglés. De esta forma con dos trabajadoras de titulación de inglés, una como subrogable y la otra con el contrato que aporta, el licitador podrá dar cumplimiento a su oferta de horas de exposición al inglés”.*

Afirma la recurrente que lo señalado en el párrafo anterior, sin embargo, parece ser una interpretación que hace el Director de Educación en su informe de 16 de junio de 2017, que hace suyo el Pleno del Ayuntamiento. Interpretación errónea ya que el artículo 10.1 del Decreto 18/2008, de 6 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que imparten primer ciclo de Educación Infantil en el ámbito de la Comunidad de Madrid, dispone, en cuanto al número de profesionales, que *“Los centros que tengan 3 o más unidades deberán contar con personal cualificado en número igual al de unidades en funcionamiento más uno”.*

Añade que en aplicación de la cláusula 2.2 del PPT que rige en esta licitación la documentación acreditativa del cumplimiento del compromiso de adscripción al contrato de los medios personales (profesionales) suficientes para la ejecución del

contrato, en el presente caso no venía referida a 8+1 educadores, sino a 1 director/a +8+1 educadores. Y, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 151.2, el Ayuntamiento de Majadahonda debió considerar que dicho licitador ha retirado su oferta, procediendo a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, es decir la sociedad cooperativa recurrente.

Babyteca, S.L., en su escrito de alegaciones expone que debemos tener en cuenta que en realidad, el personal que tendrán las escuelas es el que obligatoriamente se subroga de los trabajadores ya existentes, más lo que se hayan ofertado por encima de los mínimos, no por encima del personal existente. Es decir, que si ya en el personal subrogado hay el personal suficiente que es de 8 unidades + 1 obligatorio y se añaden 3 = 12 educadoras, pero sí ya las hay, evidentemente está completo el equipo.

El informe del órgano de contratación al recurso señala que *“La interpretación que realiza la recurrente, una vez más para intentar excluir a la empresa Babyteca, no se corresponde con lo establecido en el Decreto 18/2008. Resulta evidente que todo el equipo educativo, director/a y educadores deben suponer un número igual al de unidades del centro más uno. Intentar retorcer la interpretación de cada informe (pues en este caso no se trata del informe de valoración de la comisión de valoración, sino del de adscripción de los medios personales) con la idea exclusiva, como se puede deducir del recurso, de excluir a la empresa propuesta para la adjudicación, a sabiendas de que la interpretación no se ajusta a la norma, inhabilita al recurrente y le señala como practicante de mala fe. El director/a está encuadrado dentro del equipo educativo del centro, por lo que carece de sentido la pretensión de que al número mínimo (8+1) habría de sumarle el director/a. Como bien sabe la recurrente, el Decreto 18/2008 establece, así mismo, que por cada 6 unidades o fracción deberá haber un Maestro Especialista en Educación Infantil o grado equivalente, que son los que ostentan la dirección del centro”*.



A la vista de lo expuesto por las parte, este Tribunal considera adecuada la interpretación realizada por el Ayuntamiento de Majadahonda y suficientemente justificado el compromiso de adscripción de personal para la ejecución del contrato.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.-** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.H.A., en nombre y representación de la Sociedad Cooperativa Madrileña Jauja de Responsabilidad Limitada, contra el Acuerdo de fecha 27 de junio de 2017, del Pleno de la Corporación por el que se adjudican los lotes I y II del contrato “Concesión del servicio de Escuelas Infantiles Talín, Tamaral y Tacatoca, de Majadahonda”, número de expediente: 83/2016 en cuanto a la Alegación B) (inclusión de un criterio de adjudicación sujeto a fórmula entre los sujetos a juicio de valor), por extemporáneo.

**Segundo.-** Desestimarlos por el resto de motivos.

**Tercero.-** 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.

**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 49 del TRLCSP.