

**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 don Z.M.M., del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Majadahonda, 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, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el DOUE de 30 de diciembre de 2016 y en el BOE 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 Tacatoca de Majadahonda. El valor estimado 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.- 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 18 de julio de 2017 se presentó, recurso especial en materia de contratación, formulado por don Z.M.M., del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Majadahonda, contra el acuerdo plenario de 27 de junio, en el que solicita que *“se resuelva anular dicha adjudicación”*.

El recurso reseña una serie de comparativas y apreciaciones entre dos de los proyectos que optaron a la licitación: el proyecto educativo y organizativo del centro finalmente adjudicatario del lote I y el Lote II, Babyteca S.L. y el proyecto con mejor valoración en ese criterio de adjudicación, Sociedad Cooperativa Madrileña Jauja de Responsabilidad Limitada S.L..

Sexto.- Con fecha 19 de julio, el Tribunal acordó mantener la suspensión de los lotes 1 y 2 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.

Séptimo.- El 26 de julio el órgano de contratación remitió 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) oponiendo la falta de legitimación activa y solicitando la desestimación del recurso.

Octavo.- 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.

Igualmente ha presentado escrito de alegaciones la Sociedad Cooperativa Jauja, que muestra su conformidad con el recurso en cuanto se refiere a las alegaciones esgrimidas en el mismo y solicitan la anulabilidad o nulidad de la adjudicación efectuada.

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.

La Sociedad Cooperativa Jauja advierte que el Ayuntamiento de Majadahonda ha incumplido el plazo de dos días hábiles previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, para el envío de su informe y del expediente. En este sentido, el respeto al principio de legalidad, así como al de igualdad en los derechos de las partes en el procedimiento administrativo, debe implicar la inadmisión por extemporáneas de las alegaciones contenidas en el informe remitido por el Ayuntamiento, según aduce.

En el supuesto que nos ocupa, en un breve espacio temporal se han presentado un total de cinco recursos que ha obligado al órgano de contratación a

copiar y remitir un extenso expediente y los informes correspondientes a todos los recursos.

Los términos y plazos establecidos en las leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, sin embargo, el plazo de remisión de los expedientes a otros órganos administrativos o jurisdiccionales y que dicho retraso no invalida el trámite ni el procedimiento (sin perjuicio de posibles responsabilidades de otro tipo), ya que dicho retraso únicamente puede afectar a la duración del procedimiento y al comienzo de los posteriores y sucesivos trámites.

Segundo.- La legitimación es un presupuesto procesal cuya carencia, según el artículo 22.1.2º 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 815/2015, de 11 de septiembre, implica la inadmisión del recurso.

El artículo 42 del TRLCSP reconoce legitimación activa para la interposición del recurso especial en materia de contratación a toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Junto a la ordenación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, la Unión Europea considera necesario garantizar los mecanismos de control de la actividad contractual pública por órganos independientes.

Las denominadas Directivas de recursos (89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE y la Directiva 2014/23/UE) han obligado a establecer este modelo de tutela, tanto para la contratación general de los poderes adjudicadores, como para la contratación en los sectores especiales, respectivamente. De forma sintética, puede decirse que el sistema vigente de recursos contractuales tiene como objetivo garantizar una reacción rápida y eficaz frente a los incumplimientos de las normas de adjudicación, que permita asegurar la

adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Por ello se establece en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CE que *“los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”*. Es decir, se obligue a los Estados a configurar un recurso que facilite la impugnación de las decisiones que adopte el órgano de contratación con garantía, al menos, para los operadores económicos.

Los ordenamientos jurídicos nacionales deben habilitar vías de defensa a favor de quienes quieran denunciar posibles incumplimientos de las reglas de adjudicación de los contratos públicos transponiendo como mínimo las exigencias del ámbito subjetivo de las directivas de recursos.

En el derecho nacional la creación del recurso especial en material de contratación pretende satisfacer las exigencias de las mencionadas directivas de recursos, garantizando una reacción rápida y eficaz frente a los incumplimientos de las normas de contratación que permita asegurar la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. La redacción del artículo 42 del TRLCSP satisfice las exigencias de las directivas de recursos en cuanto el ámbito mínimo de acceso al recurso incluye a las personas que tengan o hayan tenido interés en obtener un determinado contrato. Pero además lo amplía a las personas que tengan derechos o bien intereses legítimos que se hayan visto perjudicados o puedan verse afectados por las decisiones objeto del recurso aunque no hayan sido licitadores y no tengan interés en resultar adjudicatario.

Esta amplia formulación de los sujetos legitimados para interponer el recurso especial, en concreto el reconocimiento de legitimación a los grupos municipales, ya fue analizada y objeto de pronunciamiento de este Tribunal en diferentes resoluciones, cuya fundamentación damos por reproducida, entre ellas la 2/2012, de 18 de enero, 22/2011, de 15 de junio, ambas interpuestas también por grupos

municipales de Majadahonda, o la resolución 68/2013 de 8 de mayo. También otros tribunales encargados de la resolución del recuso especial en materia de contratación han reconocido legitimación activa a los grupos municipales citando de forma breve las resoluciones 290/2011 y 122/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales o el Acuerdo 44/2012 de 9 de octubre, del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón.

La cuestión en torno a su legitimación para impugnar decisiones contractuales ya se había planteado previamente en sede contencioso-administrativa. De modo que la nueva doctrina de los órganos de recursos contractuales ha asumido en su mayor parte el cuerpo jurisprudencial existente en la materia.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia 10304/2011, de 26 de julio (ROJ STSJ M 8214/2011), en relación a la impugnación de una adjudicación por un concejal, recuerda que el artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, dispone que *“junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades Locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: b) los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”*, exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo para admitir tal legitimación el doble requisito de ser miembro del órgano municipal que adoptó el acuerdo impugnado y votar en contra del mismo.

La jurisprudencia contencioso-administrativa ha interpretado el ámbito de aplicación del citado artículo 63.1 de forma amplia. Entiende que la legitimación especial del concejal se proyectaría tanto a la vía administrativa, como contencioso-administrativa puesto que agotar la vía administrativa se configura como un presupuesto de acceso a la vía judicial. Cuando un recurso administrativo constituya un requisito de acceso a la jurisdicción, su régimen jurídico debe interpretarse también conforme a los cánones del derecho de acceso a la jurisdicción que ha identificado el Tribunal Constitucional. Aunque el recurso especial en materia de contratación es un recurso administrativo potestativo la práctica indica que los

operadores prefieren agotar esta vía antes de formular recurso judicial y eso supone que deben aplicarse los criterios de legitimación en dicha sede extendiendo el criterio interpretativo de la legitimación para acceder a la vía jurisdiccional.

La legitimación del concejal ex art. 63.1.b LBRL le permite acceder a la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de defender el buen funcionamiento de la Corporación.

Tal como expresan las STC 173/2004, de 18 de octubre, 210/2009 de 26 de noviembre (en relación a un concejal) y la 108/2006 de 3 de abril (en relación a la legitimación de un diputado provincial), tras referirse (FJ 3) a la conocida doctrina del Tribunal acerca del interés legítimo como título de legitimación activa, señala a continuación (FJ 4) que, al lado de esa legitimación, que en definitiva es la general para poder acceder al proceso contencioso-administrativo según el art. 19.1.a) de la vigente LJCA , existe una legitimación *ex lege*, que corresponde concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el artículo 25.1 de la mencionada Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

La discusión doctrinal fue zanjada en el artículo 24.4 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 el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, al disponer que *“Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo*

dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados.”

Tales razonamientos son totalmente aplicables al caso presente en que el recurrente es portavoz del Grupo Municipal socialista del Ayuntamiento de Majadahonda y en tal condición pretende satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

El concejal y el Grupo Municipal como miembro electo de la Corporación local, representa los intereses del propio municipio, ya que como representante de los ciudadanos le corresponde la defensa de los intereses de los mismos a través del sistema establecido de aprobación de los acuerdos. Al efecto alega el grupo recurrente que tiene la condición de interesado en la adjudicación como consecuencia del principio de representatividad institucional dimanante de la sociedad de Majadahonda, en el seno de la cual se inserta el intenso debate como consecuencia de la adjudicación recurrida. Señala que la puntuación otorgada a los licitadores presentados a los lotes I y II, Escuela Infantil Talín y Escuela Infantil Tamaral respectivamente, es objeto de un intenso debate tanto social en el seno de las familias de los niños asistentes a las escuelas infantiles objeto de la adjudicación, como en los propios órganos de representación política del Ayuntamiento de Majadahonda, por apreciarse una evidente desproporción, desequilibrio, incongruencia y falta de proporcionalidad, razones por las cuales el Grupo Municipal Socialista votó en el Pleno mencionado en contra de la propuesta de adjudicación.

Procede, por tanto, analizar cada motivo de recurso y ver cómo incide en el ámbito de representación del recurrente.

Se invoca, como legitimación *ad cusam*, el interés en la defensa de los intereses de los vecinos y este interés no puede ser otro que la adjudicación a la oferta más ventajosa siguiendo el procedimiento legalmente previsto. Sin embargo, este Tribunal aprecia que ni se recurrieron los pliegos que rigen la licitación, ni se

pretende que la valoración se haga en condiciones de igualdad entre todos los licitadores, solo se invocan comparativamente los defectos en la valoración de Babyteca pretendiendo su exclusión y las bondades de Jauja, uno de los participantes, lo que hace dudar si realmente se está defendiendo el interés general o el interés particular de uno de los licitadores que también ha interpuesto recurso y no legitimaría al Grupo Municipal. Efectivamente, la inadecuada valoración de las ofertas por la comisión de valoración y la falta de proporcionalidad al medirse el proyecto educativo y el económico son argumentos igualmente predicables respecto de todas las ofertas y del lote III y la defensa del interés general de los vecinos debería conducir a la corrección, en su caso, de los defectos de tramitación en todos los lotes, no solo en el I y II donde figura como competidor la Sociedad Cooperativa Jauja.

No obstante, el principio *pro actione*, nos conduce a reconocer legitimación activa al Grupo Municipal, admitiendo como supuesto habilitante que la existencia de cualquier infracción del ordenamiento jurídico para la selección de la oferta más ventajosa sí afecta a los intereses vecinales más allá del adecuado planteamiento del recurso por el Grupo Municipal.

El grupo recurrente goza de legitimación para recurrir en su condición de miembro de la Corporación Local (adjunta certificado expedido por la Secretaría General del Ayuntamiento de Majadahonda) y del órgano de contratación, habiendo votado en contra de la adjudicación objeto del recurso, sin perjuicio del examen de las pretensiones en relación con la esfera jurídica del recurrente.

Tercero.- El plazo de interposición del recurso es de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, computado según las reglas que establece el mismo artículo y el 19 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 811/2015, de 11 de septiembre, dependiendo del acto impugnado.

En el caso de los concejales el plazo para recurrir computa desde la fecha de la sesión en que se aprobó el acto impugnado. En estos casos, no es necesaria la notificación. Dado que los Concejales que participan en el debate de los asuntos a decidir por el Ayuntamiento, votando incluso una determinada solución, tienen perfecto conocimiento de la cuestión planteada y de la decisión adoptada, el plazo para recurrir ha de computarse desde la fecha de la sesión en la que se adoptó sin que por tanto sea necesaria la notificación de aquel y sin que para ello pueda constituir un obstáculo la inexistencia del ofrecimiento de recursos pues éste solo es necesario para los interesados, pero no para quienes integran el elemento subjetivo de un órgano administrativo (STS de 14 de abril de 1989).

Por su parte, el artículo 211.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales (ROF), señala que el plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales o miembros de las Corporaciones locales que hubiesen votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el acuerdo. Siendo potestativo el recurso de reposición, ha de entenderse que el *dies a quo* que se señala en este precepto es aplicable tanto al caso de interponerse recurso de reposición, como al caso de interponerse directamente recurso contencioso-administrativo y siendo el recuso especial un sustituto del recuro de reposición, la regulación del *dies a quo*.

El artículo 40.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece con carácter general, para todos los ciudadanos y no solo para los ciudadanos cualificados, como los concejales, que las notificaciones surten efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución objeto de la notificación, y tenemos que convenir en que no hay mayor conocimiento del contenido de una resolución que aquel que proviene de haber sido protagonista y creador de la resolución misma, como ocurre en estos casos previstos en los artículos 211.3 del ROF y 63.1.b) LRBRL. Así, también la STS de 18 de marzo de 1992 consideró que, por ser contraria al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, no solo la petición de notificación de un acuerdo por quienes ya lo

conocían carece de base legal alguna, sino que quedaría al capricho del peticionario de la notificación el momento de la misma.

Pues, aunque en la sesión aprobatoria disintió y votó en contra, el concejal participó activamente como miembro de la corporación en la formación del acto impugnado. Esa realidad, que le legitimó en su momento para impugnar el acuerdo, en contra de un principio general que, al margen del artículo 63.1.b) LRBRL, podría abocar a la prohibición de recurrir del artículo 20.a) LJCA, al establecer: “*No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente*”, impide tomar en consideración el acto de publicación formal del acuerdo como *dies a quo* para recurrir, eliminando del mundo del derecho una realidad previa.

En el presente caso debe entenderse que, al formar parte del Pleno de la Corporación municipal el Grupo Municipal recurrente, tuvo cumplido conocimiento tanto de la adjudicación, como de su motivación y del régimen de recursos establecido en la misma, en el mismo acto de aprobación del acuerdo de adjudicación, en que constan todos esos datos, de manera que debe tomarse como *dies a quo* del cómputo del plazo, el 27 de junio de 2017, por lo que el recurso interpuesto el día 18 de julio se habría presentado en plazo.

Cuarto.- El recurso se interpuso 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.

Quinto.- El primer motivo de recurso expone una serie de comparativas y apreciaciones entre dos de los proyectos que optaron a la licitación: el proyecto finalmente adjudicatario del Lote I y el Lote II, Babyteca, S.L., y el proyecto educativo y organizativo del centro con mejor valoración, Sociedad Cooperativa Madrileña Jauja de Responsabilidad Limitada S.L.

Indica que en nueve de los diez apartados, el proyecto Jauja es superior al de Babyteca. Además, en 6 de los 10 apartados, Babyteca no llega a obtener un 50% de los puntos. Aprecia en la mayoría de los apartados se da un claro contraste (comentarios con connotaciones negativas en un caso frente a positivas en otro) entre las valoraciones redactadas de ambos proyectos educativos.

Ninguna consecuencia atribuye a lo expuesto, ni invoca infracción del ordenamiento jurídico, ni solicita la modificación, anulación o retroacción en un sentido concreto. Los argumentos del Grupo Municipal sostenedores del recurso se basan en discrepancias en la valoración de los criterios subjetivos de los lotes I y II en las ofertas de Babyteca y la Sociedad Cooperativa Jauja y falta de proporcionalidad al medirse el proyecto educativo y el económico de manera diferente. El *petitum* del recurso se concreta en solicitar la anulación de la adjudicación y eso debería ser consecuencia, en base a los motivos alegados, de o bien la corrección de la puntuación otorgada en los criterios sujetos a juicio de valor a Babyteca y a Jauja, competencia que no ostenta el Tribunal, o bien de la retroacción de actuaciones para una nueva valoración, que no se solicita ni es posible al haberse abierto los sobres que contienen la oferta económica. La consecuencia de estimar este motivo de recurso solo sería la anulación de la adjudicación y la convocatoria misma. El mismo argumento es aplicable al motivo de recurso relativo a la falta de proporcionalidad al medirse el proyecto educativo y el económico, o bien se aplica lo dispuesto en el pliego o bien procede declarar la nulidad del mismo.

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 oferta 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 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. 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 indica 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 juicios 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. 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 es que el informe recoja determinados aspectos negativos o positivos de las ofertas de Babyteca y Jauja sin que tenga como consecuencia directa 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 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 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 amplia 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. Todo ello, además, cuando solo se compara con la finalidad de excluir la oferta presentada por Babyteca,

obviando el mismo principio de igualdad respecto de las otras ofertas o respecto del lote III.

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.

En su escrito de alegaciones la sociedad cooperativa Jauja solicita la ratificación del informe de valoración por todos los componentes de la comisión. No procede admitir tal medio de prueba pues consta en el expediente que dicho informe está firmada en todas sus hojas por cada uno de los componentes y más allá de la discrepancia sobre su valoración, no se duda de su autenticidad.

Sexto.- Finalmente invoca el recurso que existe una falta de proporcionalidad al medirse el proyecto educativo y el económico de manera diferente. En el caso del proyecto económico, a la mejor oferta se le adjudica directamente la mayor puntuación posible (35 puntos) independientemente de la cifra económica propuesta. Al resto de proyectos se les aplica una valoración proporcional en base a la fórmula establecida en los pliegos. Esto, en cambio, no sucede en el caso del proyecto educativo, en el que la mejor oferta recibe la puntuación equivalente a la suma de todas las puntuaciones de los diferentes apartados y no, como ocurría en la oferta económica, con el total de la puntuación (50 puntos). El proyecto educativo de Jauja es en ambos lotes (I y II) un 46% superior en puntuación respecto a Babyteca. Sin embargo, en el caso del proyecto económico, si bien la oferta económica de Babyteca es alrededor de un 6-7% más barata, al traducirlo a puntos otorgados, la diferencia se dispara de manera desproporcionada, obteniendo Babyteca entre un 500%-600% de puntuación superior en el apartado económico, algo que claramente desequilibra la adjudicación.

Sin perjuicio de que la recurrente representa intereses generales, y por ello se le ha reconocido legitimación activa, y no los de una de las licitadoras frente al resto, y por lo tanto desde tal consideración no estaría legitimada para esgrimir la

argumentación precedente, procede recordar que los criterios están perfectamente descritos en el PCAP donde figura la fórmula matemática para la valoración del precio y los diferentes aspectos del proyecto educativo y de centro, indicando su importancia relativa, sin que fuera impugnado, deviniendo consentido y el Tribunal no aprecia que se trate de un supuesto de nulidad de pleno derecho que permitiera, en el momento de su aplicación, considerarlo nulo tal como admite la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13 “eVigilo ldt”, 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”*.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don Z.M.M., del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Majadahonda, 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.

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.