

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

En Madrid, a 25 de octubre de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por don J.F.V., actuando en nombre y representación de Constructora San José, S.A. y don M.Q.P., actuando en nombre y representación de Orthem, Servicios y Actuaciones Ambientales, S.A.U., contra la Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de 24 de julio de 2017, por la que se adjudica del contrato “Servicio de prevención y extinción de incendios forestales en la zona oeste de la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SER-010753/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 6, 9, 23 de enero de 2017 se publicó respectivamente en el DOUE, en el Perfil de contratante y en el BOE la convocatoria para la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, con un valor estimado de 94.411.187,89 euros.

Debe destacarse que con fecha 13 de octubre de 2106 se estimó parcialmente el recurso especial interpuesto contra los pliegos por los que habría de

regirse el contrato por lo que se refiere a la zona este, mediante Resolución 213/2016, al considerar que el criterio de valoración “Aspectos relativos a las características técnicas de los vehículos, maquinaria, herramientas, valorándose que las soluciones que se propongan sean las más adecuadas en relación con las particularidades de la Comunidad de Madrid”, tenía una formulación excesivamente genérica e imprecisa y adolecía de falta de determinación de qué aspectos eran valorables, lo cual dificultaba a juicio del Tribunal la objetividad y transparencia que debe presidir la actuación del sector público. En consecuencia y al no haber sido recurrido el pliego correspondiente a la zona oeste, el órgano de contratación desistió del contrato con fecha 19 de octubre de 2016, publicándose la convocatoria de la licitación de la que trae causa el presente recurso, con un nuevo pliego de cláusulas administrativas particulares que suprime el criterio antes mencionado.

Por último el 15 de febrero de 2017 este Tribunal desestimó sendos recursos especiales interpuestos por ASEJA contra los nuevos pliegos del contrato.

**Segundo.-** A la licitación convocada concurren cinco licitadoras entre ellas las recurrentes licitadoras en compromiso de UTE.

Con fecha 2 de marzo de 2017, se reúne la Mesa de contratación de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno para proceder a la calificación de la documentación administrativa presentada por los licitadores, procediendo a la apertura pública del sobre 2-A que contiene la documentación técnica cuya valoración depende de un juicio de valor, el 8 de marzo siguiente.

Con fecha 16 de junio de 2017, se reúne de nuevo la Mesa de contratación para realizar la apertura pública del sobre 2-B que contiene la documentación técnica correspondiente a los criterios evaluables de forma automática y el sobre número 3 que contiene las ofertas económicas, tras cuyo examen el 30 de junio de 2017, se reúne la Mesa para realizar la propuesta de adjudicación.

A la vista de la propuesta, el 24 de julio de 2017 el órgano de contratación adjudicó el contrato, a la empresa Ingeniería Forestal, S.A., mediante la Orden número 2376/2017, que se notifica a los interesados y publica en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el 25 de julio de 2017.

Con fecha 27 de julio de 2017 la empresa Ingeniería Forestal, S.A., (en adelante Infosa) solicita al órgano de contratación vista del expediente, que se concede y se practica con fecha 2 de agosto de 2017. A su vez la empresa Mantenimiento de Infraestructuras, S.A., (en adelante Matinsa), solicita al órgano de contratación vista del expediente el 25 de julio de 2017, que se concede y se practica con fechas 1 y 2 de agosto de 2017. La ahora recurrente, UTE Orthem, Servicios y Actuaciones Ambientales, S.A.U.- Constructora San José, S.A., también solicitó al órgano de contratación vista del expediente con fecha 24 de julio de 2017, que se concede y se practica con fechas 27 de julio y 1 de agosto de 2017.

**Tercero.-** Con fecha 11 de agosto de 2017 la UTE Orthem, Servicios y Actuaciones Ambientales, S.A.U.- Constructora San José, S.A., presentó recurso especial en materia de contratación, contra la Orden por la que se adjudica el contrato, aduciendo, en síntesis, indefensión como consecuencia de la denegación del acceso a la oferta de la adjudicataria de forma completa, vulneración del secreto de las ofertas, poniendo de relieve algunas deficiencias concretas del informe de valoración que a su juicio implican vulneración del principio de igualdad y adolecen de falta de motivación.

El 17 de agosto 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, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, si bien dado su volumen no remitió las ofertas de las licitadoras, al no encontrarse digitalizadas, lo que finalmente verificó el día 13 de octubre de 2017. En el informe se solicita que se desestime el recurso por los motivos que se expondrán en el análisis del fondo del asunto.

**Cuarto.-** Habiéndose concedido trámite de audiencia por la Secretaría del Tribunal al resto de interesados en el procedimiento, se han presentado escritos de alegaciones por Infosa el 20 de septiembre y por Matinsa el 26 de septiembre, de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. Por lo tanto susceptible de recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.a) y 2 c) del TRLCSP.

**Tercero.-** Alega Infosa en trámite de alegaciones que la recurrente carece de legitimación activa y que lo que en última instancia busca no es otra cosa que repetir la licitación, ya que sabe perfectamente que, tras el bajo resultado obtenido en la puntuación de su oferta técnica en criterios evaluables mediante juicios de valor que presentó el 27 de febrero de 2017, nunca va a ser el adjudicatario del servicio dada la insalvable distancia de puntuación que le separa de la adjudicataria, ya que Infosa aventaja en 28,225 puntos a la UTE recurrente en la puntuación de los criterios evaluables mediante juicios de valor y en 21,54 puntos en el resultado global de la licitación de este expediente de contratación. Además aduce que al no impugnar la valoración de Matinsa que ha obtenido la segunda mejor puntuación, tal posibilidad no resulta factible.

No comparte el Tribunal el criterio de Infosa, puesto que el recurso solicita la nulidad de toda la licitación para lo que la posición que ocupa la recurrente en la clasificación es irrelevante a la hora de apreciar la existencia de un interés legítimo,

además sí que realiza reproches a la valoración de la oferta de Matinsa, por ejemplo en la página 31 del recurso donde aduce que las fotos del exterior de la nave propuesta como CODIF por aquella no coinciden con el interior y por último la posibilidad de invocar incumplimientos en las ofertas de las otras dos licitadoras que determinaran eventualmente su exclusión del procedimiento, permite considerar que la recurrente 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”*.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Debe indicarse respecto de la legitimación que dado que la recurrente ha quedado clasificada en tercer lugar, de no proceder la nulidad total del procedimiento, solo tendría interés directo en anular la valoración y puntuación otorgada a Matinsa, segunda clasificada, en el supuesto de que obtuviera un pronunciamiento estimatorio respecto de la oferta de la adjudicataria, por lo que esta última se analizará en primer lugar, y solo se examinarán las cuestiones invocadas respecto de la oferta de Matinsa, en el caso de darse esta última hipótesis.

**Cuarto.-** En cuanto al plazo de interposición del recurso el artículo 44.2 del TRLCSP establece reglas de cómputo según cuál sea el acto objeto del recurso especial, en el caso de la adjudicación: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

En este caso la Orden objeto del contrato se dictó el día 24 de julio de 2017, siendo notificado el día 25, por lo que el recurso interpuesto el día 11 de agosto, se interpuso en plazo.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso el Tribunal se encuentra vinculado por el principio de congruencia en los términos del artículo 47.2 del TRLCSP, lo que exige el examen de las distintas pretensiones hechas valer por la recurrente. En concreto solicita, en primer lugar, que se acuerde anular la adjudicación retrotrayendo las actuaciones al momento de la presentación de las ofertas para que los licitadores puedan presentar las mismas con pleno respeto a los principios de transparencia y trato igualitario. Subsidiariamente solicita que se estime el recurso ordenando al órgano de contratación que dé vista íntegra del expediente de contratación (salvo aquello que sea estrictamente confidencial en los términos legalmente previstos) y se ordene retrotraer las actuaciones al momento de la solicitud de vista del expediente solicitado.

Asimismo solicita, por medio de otrosí, al amparo del artículo 16 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), el acceso al expediente administrativo con el objeto de ampliar el recurso y la práctica de prueba documental consistente en que se aporte por parte del órgano de contratación toda la documentación presentada por los licitadores a fin de que pueda ser valorada por el Tribunal y por la recurrente en su integridad.

Dado que de la estimación o desestimación de la primera pretensión puede resultar la no necesidad de continuar con el resto de las pretensiones planteadas, cabe iniciar el examen del recurso analizándola en primer lugar. Cabe indicar al respecto que la recurrente no identifica en su recurso de todos los motivos que esgrime, a cuáles asigna la consecuencia de la nulidad del procedimiento. Sin embargo, este Tribunal entiende a la vista del contenido del recurso que la recurrente considera que se debe anular el procedimiento al haber sido vulnerado el secreto de las ofertas.

Cifra la UTE recurrente tal vulneración en la entrega de documentación por parte de la Mesa de contratación con fecha 16 de marzo a las licitadoras en

compromiso de UTE Ferrovial Servicios, Imesapi y Sky Helicópteros, que habían sido excluidas en la sesión de la Mesa del día 8 de marzo, indicando al respecto que para analizar si había subsanado o no la documentación administrativa no era necesario dar acceso a todos los sobres abiertos hasta esa fecha. En todo caso considera que el acceso concedido a Infosa carece de toda justificación al no haber sido excluida del procedimiento y solicita la nulidad de todo el procedimiento ya que conociéndose la totalidad de las ofertas de los licitadores (tanto la oferta técnica como la económica), los criterios de valoración pueden verse influenciados por el conocimiento de tales antecedentes.

Señala al respecto el órgano de contratación en su informe que el acceso al expediente fue concedido a Infosa de conformidad con lo establecido en el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (LPACAP) según el cual *“los interesados en un procedimiento administrativo tienen derecho a acceder y tener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos”*, pero que no ha existido vulneración alguna del secreto de las ofertas durante la vista del expediente dado que, como es lógico, no se le concedió acceso a toda la documentación que ya había sido abierta por la Mesa de Contratación sino solo a la documentación administrativa contenida en el sobre número 1, y ello, solo en aquellas partes no declaradas confidenciales por las empresas licitadoras. Además afirma que las Mesas de contratación se han realizado, en el orden y en la forma que exige el TRLCSP y demás legislación aplicable.

Infosa alega al respecto que la información contenida en el sobre número 1 a la que tuvo acceso fue única y exclusivamente aquella que no había sido declarada confidencial por las empresas licitadoras, indicando que respecto de la oferta de la recurrente solo se les dio acceso al DEUC. Añade para acreditar esta circunstancia que, como manifiesta la propia Administración en su Informe, la vista de la documentación administrativa se realizó en la calle Carretas de Madrid cuando la documentación técnica se encontraba custodiada en la sede de la DGPC en las Rozas, por lo que resultaba imposible (físicamente) que ningún licitador pudiera

tener acceso a las ofertas (documentación técnica y económica). De hecho el acceso a las ofertas no ha tenido lugar sino tras la finalización del proceso de licitación, nunca antes y por ninguna licitadora. Por último invoca también la excepción de acto consentido en tanto en cuanto la recurrente no impugnó el acceso concedido a la documentación administrativa el día 16 de marzo de 2017, invocación que responde a lo afirmado por el órgano de contratación en su informe cuando aduce que la concesión de acceso se publicó en el portal de contratación sin que se haya alegado hasta el recurso, que dicho acceso generaba la nulidad del procedimiento.

Debe examinarse en primer lugar la admisibilidad del recurso fundado en la causa de nulidad de la alteración del orden de apertura de ofertas o el desvele del secreto de la oferta, a la luz de la doctrina del acto consentido. Para poder hablar de acto consentido en un procedimiento administrativo es determinante que se trate de un acto susceptible de recurso de forma autónoma, bien por tratarse de una resolución o un acto de trámite cualificado (artículo 112 de la LPACAP), en el caso del recurso especial, además, debe tenerse en cuenta que no todos los actos son susceptibles de recurso. El acceso al expediente por parte de terceros no puede ser considerado como un acto de trámite que produce indefensión o perjuicios irreparables, ni tampoco es encuadrable en el elenco de actos susceptibles de recurso especial que contempla el artículo 40 del TRLCSP, por lo que no es exigible su impugnación directa, que no obstante cabe deducir en unidad de acto al impugnar alguno de los actos que sí son susceptibles de recurso. Por lo tanto no puede hablarse de acto consentido y firme en este caso.

En cuanto al fondo de la pretensión, este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 24/2014, de 5 de febrero, en que se examinan los supuestos que implican revelación del secreto de las ofertas o alteración del orden de apertura de las ofertas, y se sienta la doctrina del Tribunal al respecto, que la normativa (apartado 2 del artículo 150 TRLCSP y artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo) 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 subjetivo.

El hecho de que la legislación de contratación pública establezca 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. Por lo tanto de vulnerarse el secreto o el orden de apertura de ofertas no cabría otra alternativa que anular el procedimiento de licitación.

En este caso, no resulta acreditado por la recurrente que se concediera a Infosa acceso a toda la documentación abierta hasta el día 16 de marzo de 2017, pero tampoco resulta documentado en el expediente el contenido de la documentación a la que accedió aquella. Esto no obstante, en principio la carga de la prueba en este punto corresponde a la recurrente, aplicando lo previsto en el artículo 1214 del Código Civil, que establece el principio de que incumbe la carga de probar los hechos a quien ejercita la pretensión. En este sentido se pronuncia entre otras, la Sentencia de Tribunal Supremo de 27 de enero de 1995, Sala 3ª Sección 5ª. En el ámbito procedimental el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil sobre carga de la prueba dispone: *“Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas a ello aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”*. El apartado 6 de este artículo, añade que, para la aplicación de lo dispuesto en los

apartados anteriores el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares Secc. 3, 79/2005, de 22 de febrero, se pronuncia sobre esta norma en los términos siguientes: *“Esta regla general puede intensificarse o alterarse según los casos aplicando el criterio de facilidad en virtud del principio de buena fe en vertiente procesal: hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, pueden ser o resultar de difícil acreditación para la otra”*.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, resulta que si bien la carga de la prueba incumbe a la recurrente, la facilidad para acreditar de contrario que el acceso no comprendió toda la documentación que ya había sido abierta corresponde al órgano de contratación que debió haber documentado el alcance del derecho de acceso concedido.

No obstante, al no haber prueba, existe una presunción que permite tener por cierto lo afirmado tanto por el órgano de contratación, como por Infosa y es que el acceso a la documentación se concedió en la sede de la Consejería en la calle Carretas, siendo así que la documentación comprensiva de las ofertas económicas, cuyo conocimiento previo podría contaminar el proceso evaluador y decisorio del órgano de contratación, se encontraba en la sede de la Dirección General de Protección ciudadana en el municipio de las Rozas. Además tal y como consta en el Acta correspondiente al acto público de apertura del sobre que contiene la documentación técnica y económica, se deja constancia expresa de la advertencia efectuada a los asistentes: *“Pueden observar que los sobres nº 2-B que contienen la documentación técnica correspondiente a los criterios evaluables de forma automática y los sobres nº 3 que contienen las ofertas económicas se encuentran en el mismo estado en que fueron presentados, y se da comienzo a la apertura del sobre 2-B”*, de lo que cabe inferir ante la falta de alegaciones, que no hubo ninguna objeción al respecto.

Por lo tanto, cabe desestimar este motivo de recurso.

Se solicita la nulidad del procedimiento de licitación asimismo con el objeto de que los licitadores puedan presentar las ofertas con pleno respeto de los principios de transparencia e igualdad, sin embargo no se indica qué actuación por parte del órgano de contratación determinó que la presentación de ofertas no respetara los indicados principios recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP. A ello cabe añadir que la recurrente no impugnó los pliegos en defensa de los principios invocados de considerar que el déficit en los indicados principios se debió al contenido de aquellos. No se aprecia por tanto en la presentación de ofertas vicio alguno de nulidad de los invocados pero no acreditados por la recurrente, no procediendo en consecuencia la anulación del procedimiento de licitación solicitada, al carecer la pretensión de apoyo en fundamentos jurídicos.

**Sexto.-** Debe examinarse en segundo lugar si procede conceder el acceso al expediente solicitado en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 del RPERMC. Aunque cabe advertir que la misma motivación fundamenta tanto la solicitud de acceso al expediente como la pretensión de retroacción del procedimiento de licitación para que por el órgano de contratación se dé acceso al expediente, por economía procedimental procede analizar el asunto desde la óptica del artículo 26 del RPERMC, de manera que de estimarse la pretensión en lugar de declarar la nulidad de lo actuado y la retroacción del procedimiento de licitación, procedería conceder un plazo para acceder al expediente y ampliar el recurso.

*De acuerdo con lo establecido en el artículo 29.3. del RPERMC, “Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el*

*procedimiento para que efectúen alegaciones”.*

El principio de transparencia contemplado en el artículo 139 del TRLCSP se traduce en la necesidad de permitir a los licitadores el acceso a los documentos que forman parte del expediente de contratación, con las limitaciones que impone el deber de confidencialidad que resultan explicitadas en los artículos 140 y 153 TRLCSP, que se han de interpretar conforme a los criterios establecidos tanto por los Tribunales competentes para resolver el recurso especial, como por las Juntas Consultivas. En todo caso conviene señalar que el acceso a la oferta de la adjudicataria que forma parte del expediente, es instrumental de cara a la fundamentación de las acciones que la recurrente considere necesario ejercitar en defensa de sus legítimos intereses, tal y como se indicaba en la Resolución 243/2016, de 14 de noviembre, de este Tribunal y la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública *“la transparencia es un principio de marcado carácter instrumental, pues su objetivo no es meramente formal, sino que busca generar competencia, de forma que una mayor concurrencia empresarial redunde en mayor eficiencia. La transparencia es un instrumento que ha de garantizar la eficiencia de los fondos públicos, de forma que en aras de ese principio de transparencia, los contratos tienen que someterse a una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (...)”* y que el derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten viene recogido por diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, asuntos T- 461/08 y T- 298/09. No obstante para resolver esta cuestión pueden aplicarse los principios inspiradores de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en cuyos artículos se establece la obligación de transparencia de los poderes públicos y el suministro de información sobre sus actividades, con las limitaciones determinadas en la misma.

Pero no podemos olvidar que el interés del mantenimiento de secretos comerciales, de datos personales o de propiedad intelectual por parte de la empresa adjudicataria, también es legítimo y resulta amparado por la Ley. Así el artículo 140 del TRLCSP establece que *“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”*.

Debe pues resolverse el conflicto de intereses planteado. Para ello el artículo 153 del TRLCSP en la regulación de la notificación de la adjudicación permite que determinados datos no se comuniquen bajo determinadas circunstancias y con condiciones si así se ha declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d).

Por su parte el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE establece respecto de la Confidencialidad *“1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”*.

Es preciso tener también en cuenta el Informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores”, que establece

las pautas para interpretar el artículo 124 del TRLCSP teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

*“1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.*

*2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.*

*3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular la oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad”.*

De ello pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- La confidencialidad debe hacerse valer por las empresas interesadas en el momento de presentar su oferta. Además esta declaración no debe resultar contradictoria con la práctica de divulgación de datos por la propia empresa, esto significa que aquella información que la empresa facilite con carácter libre a terceros, bien a través de la publicidad o de sus propias páginas de Internet, no debe mantener tal carácter, de manera que pueda afirmarse que no se trata de información que voluntariamente la empresa facilite a terceros. Además la declaración debe hacerse en el momento de presentación de las ofertas sin que proceda una vez producida la adjudicación y con ocasión de la solicitud de acceso por terceros. Consta en este caso que la declaración de confidencialidad de la documentación técnica de Infosa se realizó en el documento “Guía de Consulta” que constituye el índice de la oferta, tal y como se recuerda en documento remitido al órgano de contratación con fecha 26 de julio de 2017.

- Tal y como establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1991, 16 de diciembre de 1991 y 5 de marzo de 1998, quien pretende para sí un

determinado efecto jurídico derivado de la norma debe pretender lo mismo para los demás, siendo contrario a la buena fe obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende. De aquí que se pueda considerar como parámetro, entre otros, para conceder el acceso a un determinado expediente administrativo la conducta del solicitante en relación con su propia oferta, tal y como el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi señaló en su Resolución 130/2015.

- La confidencialidad no puede afectar a la totalidad del contenido de la oferta. Obviamente, todos aquellos documentos que contengan datos que consten en un registro público, o que de acuerdo con el TRLCSP se deban leer en acto público, como la oferta económica, son claramente accesibles a todos los demás licitadores, quedando aun por dilucidar el alcance de la confidencialidad de los documentos que no reúnan a priori las características indicadas, -en este caso, la memoria técnica-.

Para delimitar el alcance del concepto pueden considerarse las siguientes fuentes:

- Definición de la Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio, de secretos comerciales o *know how*, “*definiendo por tal la información que reúna todos los requisitos siguientes:*

- a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;*

- b) tener un valor comercial por su carácter secreto;*

- c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control”.*

- Otra norma que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar qué sea confidencial es el Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC, artículo 39 “*Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté*

*legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:*

*a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y*

*b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*

*c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”.*

• Por último la definición del TGUE en la Sentencia de 16 de diciembre de 2010, T-19/07 “Los secretos comerciales son informaciones técnicas relativas al “know-how” que no sólo no pueden divulgarse al público sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente a los intereses de éste (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 18 de septiembre de 1996, Postbank/Comisión, T-353/94, Rec. p. II-921, apartado 87). Para que la información técnica entre, por su propia naturaleza, dentro del ámbito de aplicación del artículo 287 CE, es necesario, en primer lugar, que sólo la conozca un número restringido de personas. Además, debe tratarse de información cuya divulgación puede causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado o a un tercero. Por último, es necesario que los intereses que la divulgación de la información puede lesionar sean objetivamente dignos de protección (sentencias del Tribunal de 30 de mayo de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comisión, T-198/03, Rec. p. II-1429, apartado 71, y de 12 de octubre de 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Comisión, T-474/04, Rec. p. II-4225, apartado 65)” (apartado 80).

Junto con el concepto de secreto comercial, debemos considerar la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo texto refundido ha sido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. El artículo 10 considera como objeto de propiedad intelectual, todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas

expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas, *“los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería”*, (consideramos que cabe entender la ingeniería informática), y los programas de ordenador, entre otras, incluso las bases de datos en los términos de su artículo 12.

Por lo tanto, en conclusión, tanto el contenido intelectual de los proyectos que supongan el desarrollo y concreción de una idea, como el valor comercial de la misma, y los elementos patentados que contengan, otorgan a la oferta en su condición de proyecto el carácter de confidencial. No podría ser de otro modo si a través de la compra pública se pretende además fomentar la innovación, la investigación y el desarrollo, tal y como se expone en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 27 de octubre de 2010 titulado *“Hacia un Acta del Mercado Único por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos”* COM (2010) 608 final.

Sentado lo anterior, la recurrente realiza una serie de afirmaciones genéricas en relación con el acceso al expediente a las que cabe dar respuesta con anterioridad al examen concreto de la documentación cuyo acceso se solicita. En primer lugar destaca la recurrente que se ha considerado confidencial el documento guía en el que a su vez se especifican los documentos calificados como confidenciales. Por su parte Infosa aduce que es el documento más confidencial de toda la documentación explicando que es un tomo de más de 270 páginas que resume y describe cada apartado y que *“si cae en manos de terceras personas les daría un guion perfecto a seguir de lo que tienen que incluir en la oferta, con un nivel de detalle muy amplio”*. Este documento al que ha tenido acceso el Tribunal es un índice, efectivamente muy amplio, de la documentación técnica en el que se ha hecho constar qué documentos tienen el indicado carácter de confidencial, que dadas sus características en principio no puede ser considerado confidencial, si bien tampoco dado el carácter instrumental del recurso se advierte cuál puede ser su

relación, más allá de facilitar la consulta, con la interposición y fundamentación del recurso, por lo que este Tribunal considera que la denegación del acceso al mismo es ajustada a derecho.

También se aduce que dado el volumen de documentación declarado confidencial (80% en el caso de Infosa) tal declaración vulnera su derecho de defensa, frente a lo que Infosa considera que dicha declaración es proporcionada al referirse no a la totalidad de la memoria técnica, sino tan solo a la parte que justificadamente se ha declarado confidencial. Este Tribunal considera que más allá de la cantidad de documentación declarada confidencial (que bien podría afectar a la totalidad del proyecto técnico), lo relevante es el contenido concreto de dicha documentación y su virtualidad en relación con el objeto del recurso. En todo caso y de forma genérica no se acredita, que la declaración de confidencialidad del 80% de la memoria técnica sea desproporcionada.

Alega Infosa que *“Nuestra empresa mediante su cláusula de confidencialidad pretende que las empresas recurrentes no puedan tener acceso a esta documentación técnica de nuestra Oferta por cuanto sería plagiada y utilizada en múltiples licitaciones”*. Para a continuación exponer pormenorizadamente las razones que justificarían la declaración de confidencialidad de parte de su oferta, en relación con cada uno de los capítulos de la misma. Dichas razones, que responden efectivamente al concepto de confidencialidad, son: que se trata de documentos fruto de conocimientos adquiridos por la empresa, que tienen valor estratégico, que contienen secretos comerciales porque incluyen su específica y particular forma de gestión empresarial o porque incluyen datos personales de trabajadores propios y de empresas colaboradoras. El resto de la documentación que no responde a estas causas no ha sido declarada confidencial.

- Propuesta de planificación territorial: las alegaciones de Infosa sobre la confidencialidad del apartado A1.1 Volúmenes 1 a 6 que contienen la indicada documentación se debe a que es el fruto de más de tres años de trabajo de visitas a los montes, análisis de muestras, toma de datos, etc.

Examinados los indicados volúmenes por el Tribunal se comprueba que efectivamente se trata de los estudios de campo necesarios en los que se incorporan mapas, fotografías y otra información obtenida por los medios de la propia Infosa cuya elaboración lleva consigo un gasto y un trabajo intelectual que corresponde al concepto de propiedad intelectual que justifica la confidencialidad de la oferta.

- Lo mismo puede predicarse respecto del capítulo de gestión de los trabajos de prevención volumen 7 (salvo los apartados no declarados confidenciales y el volumen 8 no declarado confidencial al contener autorizaciones y permisos y un artículo técnico de investigación).

- La propuesta de aplicaciones informáticas es declarada confidencial al tratarse de desarrollos informáticos de la propia Infosa, de hecho la introducción del volumen comienza señalando *“habiendo desarrollado durante los últimos años una serie de aplicaciones informativas que permiten el registro de todos los datos relacionados con el trabajo de los retenes en la zona oeste de la Comunidad de Madrid (...)”*; sin embargo comprueba el Tribunal que el volumen 9 del apartado A.1.3 contiene en primer lugar una descripción de los programas utilizados de uso común como son Acces, Excell, Arcgis, Geodatabase, que no responde al concepto de confidencialidad al ser de general conocimiento, esto no obstante dado que por sí sola esta información precisamente por su carácter genérico en nada afecta a la valoración de la oferta, la falta de acceso a la misma no puede ser generadora de indefensión. El resto de documentación en tanto en cuanto incorpora el modo de implementación de tales productos informáticos, tal y como comprueba el Tribunal responde al concepto de confidencialidad.

- La organización y gestión de los medios del operativo, medios humanos, materiales, etc., corresponden al *know how* de la empresa como comprueba el Tribunal y por tanto también la declaración de confidencialidad debe ser tenida en cuenta.

Dentro de esta apartado y correspondiendo a los medios materiales se aduce la originalidad del diseño de algunos vehículos propios de Infosa. Efectivamente se comprueba que sobre los modelos de vehículos que oferta se introducen una serie de especialidades, por ejemplo en el punto 4.1.3 del volumen 10, se describe el carrozado contra incendios y una superestructura diseñada específicamente para Infosa que por lo tanto responde al concepto de confidencialidad. Queda asimismo acreditada la confidencialidad de las aplicaciones informativas de gestión de los medios del operativo mediante una aplicación propiedad de Infosa que dispone de marca registrada.

- En cuanto al estudio del mantenimiento preventivo y correctivo de las bases y puntos de vigilancia, concurren las mismas circunstancias que respecto de la Propuesta de planificación territorial. El volumen 20 contiene un estudio de mantenimiento de las instalaciones (17) describiéndolas de forma pormenorizada (hasta el punto que en una de las bases describe que se comparte con ganaderos que hay ovejas y que las condiciones higiénicas no son adecuadas) lo que implica un conocimiento in situ de las instalaciones que incluye además reportajes fotográficos. Por tanto la declaración de confidencialidad responde a los parámetros indicados. Esta misma conclusión es predicable de la aplicación de los sistemas de calidad y gestión medioambiental.

- En cuanto a la propuesta de prevención de riesgos y vigilancia de la salud, en general la parte de la documentación calificada como confidencial responde a las características más arriba detalladas por lo tanto cabe confirmar la declaración de confidencialidad, esto no obstante en el volumen 24 se incorporan el Certificado OSHAS 18001:2007 para la actividad de prevención y extinción de riesgos forestales, el certificado UNE-EN 9001:2008 y UNE -EN 14001:2004. Dichos certificados no incorporan datos confidenciales y en principio a pesar de haber sido declarados como tales, no se aprecia obstáculo alguno para su conocimiento por parte de la recurrente. Esto no obstante dado el carácter instrumental del recurso y que por el Tribunal se puede comprobar su adecuación a las exigencias de los

pliegos, al tratarse de una simple comprobación material, debe entenderse que no resulta proporcionado conceder un nuevo plazo para dar acceso a los indicados certificados y ampliación del recurso interpuesto.

- Centro de coordinación de incendios (volumen 23). Se trata de unas instalaciones que en la actualidad explota Infosa como prestadora actual del servicio y que la misma considera que le supone una ventaja competitiva frente al resto de licitadores al incluir el sistema de justificación de su ubicación que es un sistema exclusivo desarrollado por Infosa. El Tribunal accede al volumen indicado en el que se expone que la elección de la ubicación se realiza mediante un sistema que incorpora el programa ARGIS y una serie de estudios complementarios sobre accesibilidad que se detallan, desglosan y justifican, que corresponde a unos estudios y un trabajo que incorpora valor y por tanto confidencial (folios 1 a 159). Sin embargo el volumen 23 no aparece recogido, ni marcado por tanto como confidencial, en la guía de consulta si bien Infosa afirma que denegó la posibilidad de visitar el centro por motivos de confidencialidad. Examinada la documentación correspondiente al centro de coordinación, se comprueba que la misma contiene una descripción y un reportaje fotográfico del centro y del material que contiene que a juicio de este Tribunal no responde al concepto de confidencialidad, excepción hecha del compromiso de puesta a disposición del local que contiene datos de proveedores en este caso del edificio y que consta en el folio 118 del volumen 23. También es confidencial el plan de medidas de emergencia del edificio elaborado por una tercera empresa (folios 125 a 176). No obstante lo expuesto, en el informe de valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor al centro de coordinación de incendios forestales se le asigna hasta 1,5 puntos, dentro del apartado “Aspectos organizativos del servicio”, resultando que la oferta de la recurrente obtiene 0,30 puntos y la oferta de Infosa obtiene 1 punto. En el informe de valoración se describe detalladamente la justificación de la valoración efectuada exponiendo los aspectos más importantes de los centros propuestos. La diferencia en este punto concreto se produce no tanto como consecuencia de una elevada puntuación a Infosa, como de la apreciación como deficiente de la documentación de la recurrente, que ha alegado profusamente sobre esta cuestión. Por lo tanto, de

nuevo a la luz de la proporcionalidad y teniendo en cuenta que el acceso al expediente es instrumental respecto del derecho de defensa de cara a la fundamentación cabal del recurso especial este Tribunal considera que no procede conceder el acceso a la documentación correspondiente al centro de coordinación.

- Sistema de gestión implantado. Examinada la documentación correspondiente a esta cuestión se comprueba que la misma expone el sistema propio de gestión de Infosa que responde al concepto de *know how* y por tanto debe ser confidencial.

- Evaluación de riesgos del servicio de prevención de incendios. Esta documentación según alega Infosa es fruto de años de experiencia en la prevención de riesgos en distintos servicios de prevención. Comprobada esta circunstancia por el Tribunal se aprecia adecuada a derecho la declaración de confidencialidad. Esta misma conclusión es predicable a la vista de la documentación que forma el Programa de Formación Continua que ha sido desarrollada por los técnicos de Infosa y su empresa colaboradora en este ámbito (FOREX).

- Propuesta de equipos de protección individual y otros equipos de protección. Aduce Infosa que determinadas prendas que enumera diseño exclusivo y propio de las prendas aportadas realizando novedades en cuanto al corte y confección, color, tejido, anagramas así como mejoras en elementos de protección del trabajador, tratándose esta de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros. Estas prendas no están a disposición de compra en el mercado siendo creadas en exclusividad por y para Infosa. A la vista de lo alegado la confidencialidad de las fichas técnicas de estos productos está justificada.

**Séptimo.-** Sentada la improcedencia de la concesión de un nuevo plazo para acceder al expediente administrativo, procede entrar a conocer las razones de fondo que sustentan el recurso.

En primer lugar se aduce falta de motivación del informe y vulneración del

principio de igualdad con detrimento de su oferta respecto de las dos adjudicatarias de las zonas, este y oeste respectivamente.

Si bien la concurrencia de los vicios anteriores invocados por la recurrente debe examinarse en relación con cada uno de los aspectos que según aduce no están correctamente valorados, con carácter previo cabe indicar que la falta de motivación, como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones entre otras en la Resolución 46/2017, de 8 de febrero, o la Resolución 84/2015, de 12 de junio, además de la función de control, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que en caso de ser contravenida, generaría indefensión. Con carácter general, la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación, de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

El poder adjudicador ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto, y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos. Esto obliga a un esfuerzo de razonar las puntuaciones otorgadas a los criterios sujetos a juicio de valor que se utilizan para la adjudicación de los contratos.

Con carácter general el informe de valoración es prolijo, ofrece datos de cada

uno de los aspectos que se valoran, la forma en que se han ponderado y las razones de su toma en consideración, por lo que este Tribunal no aprecia falta de motivación de forma general. No obstante procede analizar si adolece de falta de motivación respecto de alguno de los aspectos concretos que invoca la recurrente o si la misma es inadecuada.

**Octavo.-** Procede examinar en este fundamento los pretendidos errores de valoración invocados por la recurrente en relación con su oferta.

Debemos comenzar señalando que la valoración de las ofertas técnicas mediante criterios sujetos a juicio de valor, afecta plenamente a la discrecionalidad técnica de la Administración. Podemos traerá colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe*

*respetar los resultados de dicha valoración”.*

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

1.- Propuesta de planificación territorial y temporal de los trabajos de prevención para la vida del servicio: debe incluir como mínimo descripción y localización de los mismos. Este apartado estaba valorado con una puntuación máxima de 7 puntos en la que la recurrente obtuvo una puntuación de 0,30 puntos.

El informe expone que *“no realiza la planificación temporal ni territorial de trabajos preventivos en el periodo de alto riesgo”.* Frente a ello aduce la recurrente que en el punto A.I.I.I 0.6. “Trabajos en periodo de alto riesgo”, de la página 170 del tomo 1 de su oferta se explica por qué la planificación de los trabajos en alto riesgo es *“diferente, y limitada por la prioridad para la rápida activación del retén, restricciones al uso de maquinaria, etc.”.* Asimismo expone en la justificación del cronograma de trabajos (página 233 del mismo tomo), se añade que *“no se han tenido en cuenta los trabajos puntuales que puedan hacerse durante la campaña de alto riesgo, pues como se explica en puntos anteriores, las altas limitaciones para los*

*preventivos en dicha época, hacen que la ejecución de trabajos sea mínima”. En resumen considera justificada la falta de planificación de estas tareas ya que las mismas se centrarán en las necesidades más urgentes que vayan surgiendo, imposibilitando que se pueda hacer una planificación viable con tanta antelación.*

Por su parte el órgano de contratación en su informe explica que *“La principal y fundamental razón de la valoración que se otorga es la de que los trabajos de prevención en la zona Oeste se deben realizar durante todo el año, es decir, 12 meses. No es suficiente haber hecho una planificación territorial y temporal para solo ocho meses, coincidiendo con la época de bajo riesgo de incendio. En verano, es decir, de junio a septiembre, ambos incluidos, también hay que hacer prevención, y por ello, es preciso planificarla tanto temporal como territorialmente, lo que no ha hecho el recurrente. Esto constituye una omisión grave”.*

En su escrito de alegaciones Infosa manifiesta que la recurrente se olvida de planificar los trabajos preventivos durante el periodo de alto riesgo del 1 de junio al 30 de septiembre, que confunde municipios de la zona Oeste con la Este, no aporta datos importantes sobre los trabajos a realizar por que la planificación de los trabajos se ha realizado sin visitar los montes de la Comunidad de Madrid, habiendo contado con 6 meses para elaborar su oferta.

Expuestas las posiciones de las partes y examinada la oferta de la recurrente que por otra parte no niega la circunstancia fáctica de base, esto es la falta de programación en el periodo de alto riesgo, este Tribunal considera que la valoración efectuada no excede de los límites que conforman el indicado concepto de discrecionalidad técnica. Esto es, se encuentra debidamente motivada, no implica error material alguno, y aplica la puntuación que considera adecuada de forma razonable ante las carencias del proyecto. Por tanto en relación con esta cuestión no puede afirmarse que el órgano de contratación haya vulnerado los principios que deben regir la contratación pública ni que haya adjudicado este lote del contrato de forma arbitraria.

2.- Lo mismo cabe predicar respecto de las apreciaciones relativas al punto Gestión de los trabajos de prevención valorada con hasta 7 puntos, apartado en el que de nuevo la recurrente solo obtiene 0,30 puntos por una serie de deficiencias en su proyecto puestas de manifiesto en el informe técnico de valoración, que a juicio de este Tribunal quedan encuadradas dentro del ámbito de discrecionalidad técnica que le es dada al órgano de contratación. Una mención específica cabría hacer respecto de la confusión de municipios que forman parte de la zona este u oeste de la Comunidad de Madrid, ya que de no haberse padecido la confusión puesta de manifiesto en el informe, el mismo sí podría adolecer de un error no cubierto por la discrecionalidad técnica.

Aduce al respecto la recurrente que su oferta se ajusta a la información pública disponible, concretamente a la Orden 4634/2006, de 29 de diciembre, del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se modifica la distribución territorial de las comarcas forestales de la Comunidad de Madrid, y efectivamente tal y como acredita mediante la comparación del mapa que recoge el contenido de la indicada Orden y su oferta. Ahora bien, tal y como aduce Infosa, el PPT incorpora un Anexo 7 que establece cuáles son los municipios que conforman la zona oeste objeto del contrato que es a la que deben atenerse las ofertas. Entre estos municipios se encontraba Torrejón del Rey – Guadalajara que en contestación a una solicitud de aclaración de 13 de febrero de 2017, precisamente de la recurrente fue eliminado de este Anexo. En primer lugar la Orden 463/2006, obedece a una finalidad concreta, “una mejor distribución del ámbito en que los agentes forestales ejercen sus competencias”, que no tiene por qué coincidir con la delimitación territorial del objeto del contrato. Por otro lado establece para la Brigada 1 (oeste), las comarcas 1, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, que a su vez agrupan diversos municipios. Sin embargo ambas relaciones no coinciden íntegramente. Así por ejemplo los municipios de la comarca 1: Rascafría, Alameda del Valle y Pinilla del Valle o el municipio de Leganés (Comarca 9), esto es todos ellos incluidos en la brigada oeste para la Orden 463/2006, no aparecen en el Anexo 7 del PPT, circunstancia por la que debe decaer la pretensión de la recurrente en cuanto a este apartado de su oferta.

3.- No se aprecia tampoco extralimitación del ámbito de la discrecionalidad en la el apartado de aplicaciones informáticas. Efectivamente en el informe técnico de valoración se valora negativamente que, la oferta presentada *“propone la instalación de 6 sistemas diferentes en el helicóptero que conlleva la utilización de frecuencias de comunicaciones para realizar la transmisión de datos, imágenes, comunicaciones, etc., y todo ello sin hacer mención, en ninguno de los casos, de si es compatible con los sistemas de navegación del helicóptero. No hace ninguna referencia a si los distintos aparatos tienen la certificación de Aviación Civil obligatoria para poder ser embarcados, así como el de las correspondientes instalaciones en los modelos de helicópteros ofertados”*.

Afirma frente a ello la UTE que evidentemente, si se propone la instalación de sistemas en el helicóptero, serán compatibles con los sistemas de navegación del mismo, no habiendo motivo objetivo alguno para pensar lo contrario. De nuevo se pone en tela de juicio las afirmaciones hechas en la oferta técnica, poniendo en duda la compatibilidad de los sistemas ofertados con el modelo de helicóptero propuesto y la existencia de certificación de Aviación Civil.

Nos encontramos de nuevo en el ámbito de la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación, no se invoca la existencia de error alguno o explicación no razonable de la puntuación otorgada, sino más bien ante una apreciación de tipo subjetivo, ya que no puede afirmarse sin más que si se propone la instalación de los sistemas es porque *“será compatible”*. Corresponde al licitador aportar los documentos u ofrecer la información precisa para que el órgano de contratación pueda valorar cabalmente su oferta y en el caso de no hacerlo así, pechar con las consecuencias de obtener una menor puntuación.

4.- En el apartado organización y gestión de los medios del operativo en el periodo de bajo riesgo de incendios forestales, aduce la recurrente que en el informe de valoración se indica que *“realiza una definición de los dos periodos de riesgo e incluye organigrama de la estructura organizativa, que la hace única para los dos*

*periodos (la organización que propone no es posible llevarla a cabo en alto riesgo pues diariamente solo hay 3 UFAs en vez de 6)”, y que el informe técnico indica que “Asimismo, afirma que los UFAs hacen guardia a parte de su jornada laboral, lo cual no es cierto pues el PTT no especifica nada al respecto”. Aduce la recurrente que a pesar de que diariamente sólo trabajen 3 UFAs, para el correcto desarrollo del servicio es necesario la existencia de 6, por lo que, en el organigrama se representa la totalidad de UFAs que componen el operativo.*

El órgano de contratación se ratifica en su valoración.

Considera este Tribunal que el hecho de que en el organigrama de la empresa aparezcan 6 UFAs no implica que sea ese el número de efectivos asignados a las tareas en el periodo de bajo riesgo, es más la propia recurrente indica que solo trabajan 3 UFAs diariamente, por lo tanto la conclusión del informe de valoración no se desvía de la discrecionalidad técnica permitida en este punto.

También aduce la recurrente que la exigencia de aportar las marcas o modelos de los vehículos para su valoración es contrario a lo dispuesto en la Resolución 213/2016 de este Tribunal, en tanto se trata de requisitos que solo debe acreditar el adjudicatario, a lo que el órgano de contratación contesta señalando que la referencia a la indicada resolución es improcedente ya que la misma se refiere a mejoras sobre un tipo de vehículo.

Efectivamente la Resolución 213/2016, anula la forma de acreditación exigida en el apartado 1.5 de disposición de las bombas forestales en tanto el plazo de 10 días solo permitiría cumplir esta exigencia a licitador que efectivamente dispusiera de las mismas. Sin embargo a juicio de este Tribunal ello no implica que no quepa hacer una exposición, al menos somera, de los vehículos con los que se va a contar más allá de una simple remisión al pliego, que se integrará en el proyecto. En todo caso se trata de una mención incluida junto con otras apreciaciones del proyecto técnico que no permite a juicio de este Tribunal considerar en su conjunto la valoración como arbitraria, sino como un elemento que permite evaluar el alcance

del conocimiento y planificación de la actividad a desarrollar. En todo caso, de haber apreciado incumplimiento de las características técnicas de los vehículos, la consecuencia hubiera sido la exclusión de la oferta no la menor valoración.

5.- En cuanto a la valoración de los sistemas de calidad también obtiene la oferta de la recurrente 0,30 puntos en este apartado, sin que se aprecie arbitrariedad en la valoración efectuada, en todo caso respecto al aspecto relativo a los certificados de calidad aportados, que la recurrente entiende que dada su naturaleza deberían operar en todo el territorio nacional, en realidad en los certificados OHSAS 18001:2007 (página 116 del volumen 6), ISO 9001:2008 (página 115 del volumen 6) e ISO 14001:2004 (página 114 del volumen 6) aportados por la empresa Orthem, consta respectivamente en el punto 6 de cada uno: *“prevención y extinción de incendios forestales del patrimonio forestal de la Región de Murcia”*. Mientras que la empresa Constructora San José aporta certificado ISO 9001, que de acuerdo con el Anexo emitido el 15 de diciembre de 2015 con fecha de expiración 3 de noviembre de 2017, sí contempla la actividad de prevención de incendios forestales (página 121 del volumen 6), pero no aporta el certificado OHSAS. Si bien el informe de valoración no se refiere específicamente a estos últimos certificados, no excede de los límites de la discrecionalidad técnica otorgar menor puntuación ante la inexistencia de certificados en una de las dos empresas que conforman la UTE.

El resto de cuestiones invocadas pertenecen al ámbito valorativo que corresponde al órgano de contratación, no apreciándose que la valoración se exceda en cuanto a sus elementos reglados de la discrecionalidad técnica valorativa.

6.- En cuanto al centro de coordinación forestal, de nuevo la recurrente obtiene 0,30 puntos sobre el total de 1,5 asignados a este ítem. Señala el informe del órgano de contratación que *“en relación con la justificación de la ubicación elegida y propuesta, el licitador se ajusta estrictamente a los PPT, debiendo calificarse que el proceso seguido a tal efecto es, en principio, adecuado. No obstante lo anterior, hay que añadir que la concreción del análisis en los planos que adjunta es claramente insuficiente puesto que la representación es un mapa*

*“mudo” en el que no se pueden ni siquiera identificar las vías de comunicación, lo cual es clave según el propio licitador (su propia justificación) para fundamentar la ubicación que propone”.*

Frente a ello la recurrente opone que el análisis es exhaustivo reflejándose los parámetros que se consideran relevantes y no vienen definidos en el PPT, y que si se pretende indicar que, *“no se pueden identificar las vías de comunicación, lo cual es clave, según propone el licitador, para fundamentar la ubicación”* en diversas páginas de su proyecto se explica que *“Se establecen categorías a partir de un buffer con intervalos de 250 m, determinando así la distancia radial hasta alguna vía de comunicación principal (autovía)”*, estableciéndose 3 categorías en base a estas distancias, indicando asimismo en la leyenda de los planos anexionados (A.5.3.1; A5.3.2 Estudio de idoneidad a distancia a carreteras), a lo que debe unirse que dicha información consta en las fichas descriptivas de cada alternativa estudiada.

El órgano de contratación se reitera en sus conclusiones y añade que en su justificación faltaría haber tenido en cuenta el tiempo de desplazamiento a las bases, explicando que las condiciones de tráfico de la zona oeste y las distintas alternativas de vías de comunicación existentes exigirían tal concreción.

Por su parte Infosa añade que *“la recurrente en este apartado ha elegido unos criterios para localizar la CODIF y posteriormente ha presentado diferentes opciones para elegir entre ellas por una posible CODIF ubicada en Villanueva del Pardillo”* y que *“Las distintas opciones evaluadas han seguido claramente el criterio de la centralidad aunque no así el de estar bien comunicadas”*.

Cabe advertir en primer lugar que la recurrente solo reproduce parte de la conclusión a la que llega el técnico informante omitiendo la expresión *“en relación con la justificación de la ubicación elegida y propuesta”*, omisión que no resulta baladí ya que no se trata de justificar el cumplimiento del PPT que presuntamente se cumple, sino de apreciar la calidad de la justificación que implica la de los estudios efectuados.

Se comprueba que la recurrente en su estudio solo plantea la ubicación del CODIF en función de la distancia y que aunque en algunos planos y en las fotos aéreas aparezca la referencia (representación gráfica) de algunas vías de comunicación, como por ejemplo en la ficha “Nave Villanueva de la Cañada I”, página 25 y ss. del apartado B del volumen 6, lo cierto es que se trata de una mera información gráfica que no incorpora conclusiones o resultados de estudios, sobre la ubicación del centro. Por lo tanto siendo razonable y no existiendo error en este punto en el informe de valoración, debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

En el informe de valoración se realiza un segundo reproche en cuanto al centro de coordinación forestal, *“En relación con la idoneidad de las instalaciones físicas (el inmueble), las fotos que trae son de futuro, es decir, de lo que podría hacerse o montarse, lo que no sería un grave problema si no fuera porque en los planos que presenta se aprecia que no hay ventanas en ningún sitio, y en las fotos que aporta si hay ventanas en todas las zonas”*, siendo en consecuencia otro de los motivos por los que solo obtuvo 0,30 puntos de los 1,5 posibles.

La recurrente por su parte afirma que los planos aportados se centran en la información de distribución espacial y dimensiones, normalmente en este tipo de planos no se indican las ventanas. Para ello, se facilitan fotos tanto interiores como exteriores. Destaca además que, en la oferta presentada por Matinsa, las fotos del exterior de la nave propuesta como CODIF no se corresponden con las del interior, no pudiendo observarse la presencia de ventanas en las fotografías del interior, sin valorarse estos aspectos negativamente en el informe técnico.

El órgano de contratación afirma que la recurrente trae las mismas fotografías para distintos emplazamientos en distintos municipios.

Infosa por su parte afirma que la copia de fotografías es muy relevante para justificar con ellas distintas ubicaciones, destacando una serie de incongruencias o

divergencias en las mismas por ejemplo afirma que *“La ubicación de Valdemorillo y la de Villanueva del Pardillo presenta la misma fotografía aunque de diferentes distancias. Además las fotografías de las estanterías, cocina y baño son exactamente las mismas, aquí no se han molestado en variar la distancia. También aportan la misma fotografía vista satélite de la zona para las dos ubicaciones, con lo que la administración no puede evaluar que corresponde a una o a otra”*.

Matinsa sin embargo no alega sobre este extremo concreto, si bien al no ser adjudicataria de este contrato no puede afirmarse que la adjudicación se haya efectuado vulnerando el principio de igualdad al respecto, en congruencia con lo indicado al respecto de la legitimación de la recurrente respecto de la oferta de la segunda clasificada en este contrato. El órgano de contratación en su informe señala que revisada la documentación de Matinsa, efectivamente hay dos o tres fotos del almacén de herramientas que se repiten al igual que en el caso de la UTE, sin embargo afirma que, en el caso de esta es más grave al referirse a espacios principales y no accesorios.

En este punto una vez comprobadas las afirmaciones de las partes no cabe sino reconocer que la oferta de la recurrente en este punto cuando menos ofrece dudas respecto de la propuesta efectuada lo que la hace merecedora de una mínima puntuación, puesto que efectivamente se aportan las mismas fotografías para dos propuestas de CODIF diferentes (por ejemplo pág. 175 y 189 del volumen 6 que refiriéndose a dos ubicaciones distintas aportan la misma fotografía de los exteriores) la circunstancia de que el edificio tenga o no ventanas, con independencia de la sorprendente afirmación de que los planos no suelen identificar ventanas, abona la razonabilidad de la duda sobre el contenido del proyecto y su adecuación a la realidad lo que determina que también deba desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

7.- Respecto de la valoración del elemento *“Prevención de riesgos laborales. Vigilancia de la salud”*, el informe de valoración concluye que *“presenta un sistema de gestión de prevención “propio” (SPP), creado en abril de 2016, en el cual, según*

*manifestación del propio licitador, está basado en el sistema OHSAS (...), pero sin justificar que posea o tenga a su favor la acreditación documental de este último”.*

Señala la recurrente que se aprecia una intención subjetiva de valoración, ya que el que no se aporte el certificado no implica que no se posea, pero no obstante aduce que el pliego no obliga a aportar dicho certificado y que además se incluye en el Apartado a.4. Aplicación de sistemas de calidad y gestión medioambiental, incorporando al recurso un “pantallazo” del mismo.

El informe remitido por el órgano de contratación pone de manifiesto la dificultad de valorar una oferta con tanta información sino se indica al menos o la misma se remite al documento necesario.

Afirma Infosa que el certificado aportado por la recurrente no es el mismo que el que aporta en su memoria que además no se incorporó respecto del apartado que se estaba evaluando.

En primer lugar este Tribunal considera que debe quedar claro que nos encontramos ante la valoración subjetiva de parte de los criterios establecidos para la adjudicación del contrato, de manera que si bien puede no ser obligatorio aportar determinada documentación, corresponde a los licitadores aportar todos aquellos documentos que consideren que refuerzan o dan valor a su proyecto, que obtendrá puntuación en función de dicha actividad de fundamento o justificación de la oferta. De esta forma la falta de aportación de la certificación no determina la exclusión de la oferta de la recurrente como hubiera sido en el caso de que su aportación fuera obligatoria, por lo que tampoco es obligatorio conceder un plazo para su subsanación, sin perjuicio de la facultad, -por tanto potestativa-, que tiene la Mesa de contratación de solicitar aclaración de la oferta tal y como se desprende del artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) y de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo, por ejemplo en la Sentencia de 65 de febrero de 2007 (recurso de casación 5294/2004,

RJ/2007/1595), como de los Tribunales de la Unión Europea, entre otras en la Sentencia del 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10 SAG ELV Eslovensko a.s.), la Sentencia TGUE de fecha 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08 Antwerpse Bowwerken NV) y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, dictada en el asunto T-211/02.

Sentado lo anterior es cierto que el certificado sí que consta aportado aunque en otro apartado del proyecto, por lo que en principio podría haberse tenido en cuenta, pero no lo es menos que, como más arriba se ha señalado, el certificado aportado en su momento junto con la oferta tiene un ámbito territorial delimitado, sin que el pantallazo del certificado incorporado al texto del recurso, que por otro lado no es el mismo que el incorporado a la oferta, pueda hacer prueba del contenido que se pretende acreditar, al aportarse solo la carátula y no solicitarse prueba en tal sentido en el petitum del recurso.

El resto de las afirmaciones efectuadas en el recurso en relación con la valoración del apartado “Prevención de riesgos laborales. Vigilancia de la salud”, son de carácter subjetivo y apreciativas de la forma de valorar del órgano de contratación. Así por ejemplo se aduce que no se considera “necesario” poner las fases de las que consta la norma OHSAS ya que, pasando las auditorías externas por un organismo certificador para obtener dicha norma, se entiende que se cumple con todas y cada una de esas fases o etapas del sistema de gestión. O por ejemplo también *“las evaluaciones de los distintos y posibles riesgos que se producen o pueden producirse en esta actividad, no se abordan de forma completa y satisfactoria (realiza una evaluación de riesgos para cada puesto de trabajo, pero sin que abarque la evaluación de riesgos de forma pormenorizada por las distintas actividades asociadas al servicio)”*.

En general estas conclusiones responden a la cantidad y carácter de la información aportada, respecto de la que el órgano de contratación señala que es “muy genérica y básica” en el informe remitido con ocasión del recurso. En concreto

se indica *“en resumen, es difícil que en solo quince folios de oferta se pueda desarrollar el presente apartado, con un mínimo de rigor”*.

Entiende este Tribunal que se trata de aspectos apreciativos de la calidad de los estudios efectuados, que sin incumplir los pliegos, no alcanzan la profundidad y no son demostrativas del grado de conocimiento de la materia sobre la que ha de prestarse el contrato, que inciden en el ámbito propio de la discrecionalidad técnica sobre las que este Tribunal no puede pronunciarse, sin que se observe que el órgano de contratación haya excedido los límites de la discrecionalidad que le es dada. En todo caso siendo muchas las insuficiencias puestas de manifiesto en el informe de contratación el recurso solo se centra en algunas de manera que aun de poder estimar alguna, ello no alcanzaría para obtener la máxima puntuación es este apartado.

8.- Se pone en cuestión asimismo la valoración de la propuesta de equipos de protección individual y otros equipos de protección.

En el informe de valoración se dice que la oferta de la recurrente *“no presenta los certificados de examen CE de Tipo, ni de la declaración de conformidad correspondiente a las prendas-EPis (chaquetón, pantalón, cubrenucas, camisa)”*, si bien según afirma la misma a la vista del PPT aunque el mismo se indica que estos elementos del equipo debe cumplir determinada normativa técnica en ningún momento dice que haya que presentarlos, ni siquiera el Certificado CE correspondiente.

El informe remitido por el órgano de contratación señala que el licitador no presenta fichas técnicas de los fabricantes en relación con las prendas-Epis, salvo la de las botas, pues lo que el licitador denomina como tales son unas fichas caseras, de propia confección, con una foto y breve descripción del producto (salvo para el caso de las botas) y además no presenta los Certificados de Examen CE de tipo, ni de la Declaración de Conformidad, lo que impiden comprobar fehacientemente que la oferta del licitador cumple el pliego técnico.

De nuevo debemos advertir que no se ha excluido a la recurrente por no aportar un determinado certificado o ficha técnica sino que se evalúa su proyecto en función del contenido que la misma libre y cabalmente considera adecuado de cara a fundamentar la calidad de su propuesta. En este caso resulta incontrovertido que la falta de presentación de fichas y certificados de los equipamientos, amén de no permitir comprobar el cumplimiento del PPT, lo que podría haber determinado no la escasa puntuación, sino la exclusión de la oferta de la recurrente, resta calidad a la misma por lo que se considera razonable que el órgano de valoración solo haya concedido 0,30 puntos a la recurrente en este aspecto del proyecto.

Se cuestiona también la valoración del material propuesto como mejora. De nuevo son múltiples las deficiencias que pone de relieve el órgano de valoración en su informe que justifica que las mejoras propuestas sean valoradas con 0,30 puntos, valoración en que se ratifica el informe emitido con ocasión del recurso. Comprobadas las carencias en cuanto a las fichas de los productos expuestas por el órgano de contratación, este Tribunal considera que el informe es razonable y no adolece de arbitrariedad ni falta de motivación. También se encuadra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica sin exceder sus límites, la no aceptación de mejoras que el órgano de contratación considera que no añaden valor al contrato, como el betún de las botas, material deportivo accesorio.

9.- El último punto valorado en el informe es el relativo al programa de formación continua valorado con hasta 2,5 puntos, en el que la UTE recurrente obtiene de nuevo un coeficiente de 0,30 puntos. La conclusión ofrecida en el informe de valoración es que *“la propuesta formativa es confusa y contiene contradicciones importantes que impiden tener un conocimiento real de cuál es exactamente la oferta”*, ya que en los cursos internos no se especifica el personal que los impartirá, y en todo caso en algunos cursos no se detalla el contenido, en otros el cronograma, etc.

Insiste la recurrente en que aporta fichas de cada curso y su organización así

como un cronograma en el punto final de su oferta B.3.1.6. Examinada la oferta de la recurrente en relación con esta afirmación se comprueba que el punto B.3.1.6 del volumen 9, no contiene un cronograma del programa de formación, sino el programa de entrenamiento físico, el programa de formación continua se incluye en el punto B.3.1.4 que no contiene ningún cronograma. Sí que es cierto que, en el punto B.3.1.1.12 se hace referencia a que la formación se impartirá durante toda la duración del servicio proponiéndose un total de 18 cursos, y se acompaña una tabla (página 37) en la que se exponen los cursos propuestos (cursos 5 a 22). Algunos de los cursos se describen de forma más detallada que otros, pero en ningún momento se acompaña cronograma, que se dice acompañar en la página 75 de la oferta. Se aporta para los cursos externos un compromiso de colaboración con EIMFOR, ciertamente genérico pero suficiente para tener por cierto que dicha formación se impartirá a la que se acompañan certificados de cursos impartidos por esta última.

No procede por tanto estimar el recurso por este motivo, teniendo en cuenta que incluso de considerar que en este apartado la puntuación podría haber tenido en cuenta aspectos no recogidos específicamente en este volumen, no alcanzaría para que la recurrente superara los 21 puntos que la separan de la valoración de la adjudicataria.

**Décimo.-** El último punto del recurso se contrae a la revisión de las oferta de las otras dos licitadoras. Tal y como hemos indicado en el fundamento de derecho correspondiente a la legitimación de la recurrente debemos centrarnos en el examen de la oferta de la adjudicataria, puesto que solo un pronunciamiento estimatorio respecto de la valoración de su oferta otorgaría legitimación activa a la recurrente en relación con la oferta de la segunda clasificada. De nuevo debe recordarse que se trata de examinar la valoración efectuada, y que existe un núcleo en dicha actividad indisponible a este órgano de revisión, que solo podrá realizar el análisis desde parámetros jurídicos y en cuanto a los elementos que delimitan la discrecionalidad técnica de la arbitrariedad.

Respecto de la oferta de Infosa, además de aseveraciones que en ningún

caso podrían dar lugar a una menor puntuación (*“Para empezar se introducen y repiten documentos de unos tomos en otros sin que los pida el PPT”*) se aduce:

- No se demuestra que Infosa posea el certificado OHSAS, pues no lo aporta.

Como más arriba se ha indicado, en el volumen 24 de la oferta de Infosa se incorporan el certificado OSHAS 18001:2007 para la actividad de prevención y extinción de riesgos forestales.

- En el tomo 26, punto 1.2.1. Revisión de la evaluación, no propone periodo de revisión de la Planificación de la Actividad preventiva, mientras que Constructora San José Orthem, propone una revisión anual de la Planificación y así lo manifiesta el informe técnico.

Aduce Infosa que el tomo 26 página 72 remite al Anexo V de la oferta de Infosa donde se enumeran los procedimientos de auditoria del sistema integrado por (9001, 14001 y Ohsas) de forma periódica. En concreto se comprueba por el Tribunal que en la página 424 del tomo 26 se indica *“El responsable de calidad medio ambiente y seguridad y salud en el trabajo (ohsas) establecerá a primeros de año un Plan Anual de Auditorías del Sistema de Gestión de calidad, formato CA002001-3 (anexo I)”*, para a continuación describir el sistema de la elaboración del plan anual de auditorías de calidad, incluyendo la posibilidad de realizar auditorías fuera del plan de calidad (folio 426). Por lo tanto con independencia de la valoración que alcance la planificación del sistema de la actividad preventiva el supuesto de hecho invocado por la recurrente decae.

- En el informe técnico se valora negativamente a la UTE Constructora San José-Orthem por contemplar el puesto de auxiliar administrativo, categoría que afirma no se corresponde exactamente con el pliego. Así pues, Infosa en el tomo 26, punto 1.4, página 13, contempla en una tabla el puesto de auxiliar administrativo, que en cambio sí se le valora positivamente.

El órgano de contratación expone que una cosa es evaluar un puesto que no contemplan los pliegos técnicos, lo que puede acreditar que no se conocen bien los puestos regulados por los mismos, y otra bien distinta es que en otro apartado distinto al B.1.2, concretamente el B.1.3, Infosa cite y contemple al auxiliar administrativo con ocasión de las medidas de emergencia de un centro de trabajo, las cuales obligan tanto a los trabajadores sujetos a estos Pliegos como a otros de la empresa, debiendo todos ellos estar organizados y formados a tal fin (tomo 26 folio 18 en zona oeste, y tomo 24 folio 14 en zona este).

Por su parte Infosa, además de traer a colación lo que a su juicio son errores en el plan de prevención de riesgos por parte de la recurrente, expone que los puestos que se definen en la Evaluación de Riesgos de su oferta son: técnico, encargado, conductor, especialista, peón, vigilante, tractorista y auxiliar administrativo (emisorista), recogiendo esta denominación del Convenio Colectivo de Prevención y Extinción de Incendios Forestales de la Comunidad de Madrid, que previene la utilización de emisoras por parte del auxiliar administrativo.

*“En las fichas de información de riesgos del puesto de trabajo, medidas y actividades de protección y prevención aplicables del anexo 1 del tomo 26, se nombra el puesto “auxiliar administrativo (emisorista)”, como así se recoge en toda la Evaluación de Riesgos (B.1.2.). No se puso entre paréntesis emisorista en las tablas (por un problema de espacio pero así se menciona en todos los apartados de la oferta), a las que hacen referencia en la pág. 63 del recurso”. Y continúa indicando que este auxiliar administrativo no es el auxiliar administrativo que recoge la oferta de la recurrente, ya que en la oferta de la UTE está el puesto de emisorista por un lado y el de auxiliar administrativo por otro.*

Comprobadas estas circunstancias así como la posibilidad de que la función de emisorista se pueda realizar según el convenio por un trabajador de la categoría de auxiliar administrativo de acuerdo con las funciones asignadas al mismo en su artículo 10, no se aprecia vulneración del principio de igualdad puesto que no se trata de situaciones de base iguales.

- El informe técnico menciona que aporta un contrato con la empresa Valora Prevención, S.L., que realiza los exámenes de salud. Así pues, en el tomo 27, punto B1.4 Vigilancia de la salud, no se ha encontrado dicho contrato entre la documentación aportada en este punto, que es donde debería de encontrarse y que contradictoriamente se le valora positivamente. En el caso de la UTE Orthem-Constructora San José, la no presentación del contrato se valora negativamente en el Informe técnico de valoración.

Señala el órgano de contratación que Infosa sí presenta dicho documento en el folio 26 del tomo 24 (zona oeste), con la empresa Valora Prevención a los efectos de los puntos B.1.4 y B.1.1. En el folio 20 del tomo 24 (según numeración de la ofertante) no se incorpora el contrato pero sí un certificado de la empresa antes indicada en el que acredita la existencia del contrato para la Vigilancia de la Salud en las especialidades de Seguridad, Higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada. Por lo tanto de nuevo el motivo debe decaer al no compararse situaciones homologas.

- Por último la recurrente destaca la aportación por parte de Infosa de un *“armario enorme con muchas más muestras de material de las solicitadas en el PPT. En el Anexo I”*, respecto de las que aduce que no aparece botiquín, faltan las características de las máscaras a las que hace mención el Pliego. El certificado de las máscaras que pide el pliego es según DIN140:1999 y en su oferta aparece 1998.

Afirma el órgano de contratación que *“El botiquín está en el Anexo II y no en el I. Si se refería al Anexo I de los Pliegos, decir que también falta a la verdad, porque el botiquín está previsto en la página 150”*. Y respecto de las máscaras señala que *“las muestras que presenta vienen marcadas con la EN 140: 2004, lo que supera lo requerido en los pliegos. Razón por la que se le ha admitido y valorado la muestra. No es cierto que se haya valorado de distinta manera la oferta de Infosa de la zona Este de la del Oeste. En ambos expedientes presenta muestras idénticas”*.

Este Tribunal ha comprobado ambas circunstancias, en concreto la etiqueta de la muestra de la mascarilla MSA, indica EN 140:2004.

Por lo tanto debe desestimarse el recurso por este motivo.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 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.-** Denegar el acceso al expediente “Servicio de prevención y extinción de incendios forestales en la zona oeste de la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SER-010753/2016.

**Segundo.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don J.F.V., actuando en nombre y representación de Constructora San José, S.A. y don M.Q.P., actuando en nombre y representación de Orthem, Servicios y Actuaciones Ambientales, S.A.U., contra la Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de 24 de julio de 2017, por la que se adjudica del contrato “Servicio de prevención y extinción de incendios forestales en la zona oeste de la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SER-010753/2016.

**Tercero.-** Levantar la suspensión automática del procedimiento de licitación, mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 6 de septiembre de 2017.

**Cuarto.-** 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.

**Quinto.-** 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.