

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

En Madrid, a 9 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ALDESA CONSTRUCCIONES, S.A. (en adelante ALDESA) contra el Decreto de 5 de julio de 2021 del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, por el que se adjudica el contrato de “Obras de construcción del colector Vicálvaro A” número de expediente 300/2020/00727, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio de información previa publicado en el DOUE el 9 de octubre de 2020 y el 9 de abril de 2021 en la Plataforma de la Contratación del Sector Público se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 22.632.077,85 euros y su plazo de duración será de 18 meses.

A la presente licitación se presentaron 22 empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 5 de julio de 2021 se adjudica el contrato a la entidad ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.

Tercero.- El 28 de julio de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ALDESA en el que solicita que se anule la adjudicación del contrato y se proceda a adjudicar el mismo a la recurrente. En el supuesto de que no sea posible la retroacción de actuaciones que se acuerde la anulación del procedimiento de licitación. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación

El 3 de agosto de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso y oponiéndose a la suspensión del procedimiento de licitación.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, y acordarse el 5 de agosto de 2021 por este Tribunal el acuerdo de mantenimiento de medidas provisionales, ante la oposición del órgano de contratación sobre la suspensión.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la adjudicataria (ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.) y al clasificado en segundo legal (FCC CONSTRUCCIÓN, S.A.), en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3

de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Transcurrido el plazo el adjudicatario y FFC presentan alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Mención especial merece la legitimación del recurrente pues se encuentra clasificado en tercer lugar. No obstante, en el supuesto de que estimasen sus pretensiones resultaría adjudicatario del contrato. En consecuencia, se trata de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de julio de 2021, publicado en la Plataforma de la Contratación del Sector Público el 7 de julio de 2021, practicada la notificación ese mismo día, e interpuesto el recurso el 28 de julio de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso la recurrente alega que su oferta ha sido la mejor valorada en el apartado de criterios valorables en cifras o porcentajes y que

también ha sido la oferta económica más ventajosa .Sin embargo, la puntuación de los criterios subjetivos ha determinado la adjudicación a favor de otro licitador. Al respecto considera que dicha valoración es arbitraria por lo que procede la anulación de la adjudicación.

Manifiesta la recurrente que como actualmente está desarrollando los trabajos de urbanización de la zona de Ahijones posee un mejor conocimiento de la zona que le ha permitido formular su oferta técnica de uno forma muy precisa al contrario que los dos licitadores clasificados con mayor puntuación.

Los criterios no valorables en cifras o porcentajes son los siguientes.

A Criterios no valorables en cifras o porcentajes.....20 puntos.

Número	Descripción del criterio	Ponderación
A.1	Propuesta técnica	Hasta 12 puntos
A.2	Programación de los trabajos	Hasta 4 puntos
A.3	Medidas ambientales	Hasta 2 puntos
A.4	Plan de ahorro energético	Hasta 2 puntos
		TOTAL: hasta 20 puntos

Señala la recurrente que ante la baja puntuación obtenida en estos criterios procedió a revisar la documentación presentada por las licitadoras que quedaron en primer y segundo lugar, (FCC CONSTRUCCIÓN, S.A.) constatando que la puntuación no se ajusta a lo dispuesto en el PCAP. Por ello elabora un informe comparando las ofertas presentadas por los tres licitadores, que, a su juicio, aplica de forma objetiva los criterios de valoración que contiene el PCAP.

Manifiesta que una prueba de la irregular valoración de las ofertas en el proceso de licitación es que varios licitadores tienen otorgada la máxima puntuación por lo que es contrario al pliego que determina que la mayor puntuación ha de otorgarse a una de las licitadoras y que el resto será puntuada proporcionalmente..

A lo largo de la exposición del recurso analiza la puntuación de cada una de las tres licitadoras, manifestando la discrepancia por las puntuaciones obtenidas en cada uno de los criterios no valorables en cifras o porcentajes y otorgando la puntuación que según su criterio debería haber obtenido dichas empresas concluyendo que ALDESA debió quedar clasificada en primer lugar.

Añade que el informe técnico de valoración es infundado y carece de una motivación mínima que permita conocer las razones técnicas que determinan las puntuaciones.

Por su parte el órgano de contratación cita algunas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en relación con el reconocimiento de la discrecionalidad técnica en orden a la valoración de las ofertas y que para conseguir la mayor objetividad procedió a designar un equipo técnico compuesto por cuatro técnicos debidamente cualificados que procedieron a revisar, baremar y puntuar las ofertas de forma consensuada y homogénea.

Respecto al mejor conocimiento del contrato que alega el recurrente opone el órgano de contratación que es obvio que la valoración de los criterios no valorables en cifras o porcentajes relacionados en el PCAP del expediente se realiza en base al contenido aportado por cada uno de los licitadores en su propuesta, sin considerar como es el caso, si alguna de las empresas cuenta con otros contratos ajenos al objeto del presente que pudieran afectar de algún modo, dado que lo contrario significaría un trato discriminatorio y no igualitario.

En cuanto a que la oferta económica de la recurrente es la más baja señala que los pliegos especificaban claramente la pluralidad de criterios de adjudicación donde se valora la economía del contrato, pero dadas las características técnicas y las repercusiones urbanísticas y ambientales del proyecto también se considera fundamental contar con unos procedimientos de ejecución adaptados a los condicionantes existente, así como un sistema organizativo y programación de los

trabajos que permita tener las mejores garantías de calidad, seguridad y duración de los trabajos.

En relación con las puntuaciones otorgadas indica que los pliegos no impiden que se pueda otorgar la mayor puntuación a más de una empresa porque es evidente que todas las propuestas son en alguna medida y para cada apartado diferentes, pero esto tampoco indica de ninguna manera que deben obtener por este motivo una valoración distinta, dado que se establecen una serie de criterios de baremación para el contenido de cada apartado a valorar, donde cada propuesta puede presentar puntuaciones parciales mayores o menores para una suma global idéntica a otra oferta con diferentes características.

Manifiesta el órgano de contratación que las valoraciones realizadas por el recurrente, de acuerdo a su juicio e interpretación son arbitrarias y parciales que como parte interesada pretende de forma injustificada argumentar, arrogándose además en su informe el ejercicio de la potestad intrínseca del órgano de contratación al atribuirse por su cuenta y riesgo el alcance y el cuestionamiento de las valoraciones, no solo propias sino de otros licitadores en liza, resultando en este sentido menoscabadas.

Los criterios sujetos a juicio de valor, permiten un margen apreciativo para proceder a una valoración técnica singularizada a cada licitador en virtud de la reconocida y ponderada discrecionalidad técnica que se otorga al órgano de contratación, no mensurable con una inequívoca exactitud científica susceptibles de ser contrastada numéricamente.

Sin detallar cada una de las argumentaciones realizadas por el recurrente, sirva únicamente reseñar que toda la disconformidad en relación con la puntuación obtenida y la argumentación a favor de una mejor puntuación relativa al resto de los licitadores se realizada en base a elementos de solvencia técnica que ya fueron requeridos y aportados por todos los licitadores en la fase de previa de la contratación y a la circunstancia de que la empresa es adjudicataria actualmente de las obras de

urbanización del ámbito de Los Ahijones, suponiendo esto una ventaja tanto en el conocimiento de los trabajos, afecciones y condicionantes existentes, encontrándose en una posición ventajosa respecto al resto.

Por su parte ACCIONA alega la falta de legitimación del recurrente porque no acredita que como resultado del recurso interpuesto pueda obtener un beneficio efectivo. A las manifestaciones del recurrente opone que el recurso se fundamenta en razonamientos interesados, que no están sustentados sobre datos técnicos dotados de la suficiente objetividad, debiendo, por tanto, prevalecer los principios de discrecionalidad técnica y presunción de imparcialidad del órgano de contratación y de su informe técnico de valoración. Añade, que el informe técnico pone de manifiesto las razones por las que se otorga la puntuación a cada licitador en relación con cada uno de los criterios y que el hecho de que ALDESA no haya obtenido el resultado pretendido no significa que haya arbitrariedad, circunstancia que no ha sido probada por la recurrente pues únicamente realiza apreciaciones subjetivas e interesadas. En defensa de sus pretensiones cita diversas Resoluciones de los Tribunales de recursos contractuales.

Igualmente discrepa sobre que varios licitadores no pueden obtener la misma puntuación porque no lo impiden los pliegos y al respecto cita la Resolución 786/2015, de 4 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“El recurrente mediante este motivo no censura una incorrecta valoración de la oferta del adjudicatario o que su oferta merezca una mayor o mejor puntuación en los criterios subjetivos que la del adjudicatario (cosa que también hace, pero en un motivo posterior) sino que niega la posibilidad jurídica de que exista un empate en las valoraciones de dos ofertas en cada uno de los citados criterios subjetivos. Es decir, interpreta que la redacción de los Pliegos al describir la valoración de los criterios subjetivos, emplea unas expresiones de las que deduce la voluntad de que solo puede haber una única oferta que quede en primer lugar o con mejor puntuación mientras que las restantes serían necesariamente menos puntuadas “proporcionalmente” respecto de la mejor.*

Dicha interpretación carece de fundamento, no pudiendo aceptarse sobre la base de una interpretación literal de adverbios y/ o conjunciones o el empleo del singular/plural utilizadas en las cláusulas del Pliego que se limitan a indicar que la oferta que más o mejores aspectos de los contemplados presente recibirá la totalidad de los puntos y el resto se valorarán en proporción, pues tales expresiones no excluyen: a) que concurren dos ofertas idénticas, por lo que serían igualmente valoradas, b) que concurren ofertas distintas pero que presenten todos los aspectos previstos en cada criterio subjetivo de valoración de forma plena e igualmente satisfactoria o c) que una oferta gane más puntos en un criterio subjetivo y la otra iguale esa ventaja en la puntuación de otro de los criterios subjetivos (la negrita y el subrayado es nuestro)”.

Por su parte FCC alega, en relación con lo manifestado por el recurrente sobre el mejor conocimiento de la zona que el resto de licitadores, que ese mayor conocimiento es igualmente predicable respecto de FCC ya que en el mismo ámbito ha resultado adjudicataria de tres obras. Añade que el informe técnico encargado por ALDESA interpreta las ventajas de su oferta frente a las demás conforme al criterio de quién informa, pero no es una valoración objetiva ni imparcial. Asimismo, opone en cuanto a que la sólo una licitadora pueda obtener la mayor puntuación que es una interpretación a conveniencia del recurrente y respecto a la falta de motivación se remite a la doctrina consolidada.

Vistas las alegaciones de las partes, en definitiva el recurso se ciñe a la discrepancia en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor. Sobre la discrecionalidad técnica del órgano de contratación este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas Resoluciones, citando por todas, la 323/2019 “*que el recurso se ciñe a la discrepancia en la valoración de criterios sujetos a juicio de valor, cabe recordar, con carácter previo, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que, a su vez, recoge la jurisprudencia consolidada.*

Así, en Resoluciones como la 28/2015, de 14 de enero de 2015, se dice que: “(...) el

Tribunal viene reconociendo la discrecionalidad técnica de la Administración en orden a la valoración de las ofertas, de forma que, si la actuación del órgano de contratación se ajusta a los límites de ésta, el Tribunal no podrá entrar a revisar la decisión administrativa. En relación con los límites de la discrecionalidad técnica en la Resolución 184/2014, de 7 de marzo se reproduce la doctrina siguiente: “El Tribunal entiende que el reproche planteado por la recurrente entra en el ámbito de la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración contratante. Sobre este punto el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones. En la Resolución 128/2014, de 14 de febrero, el Tribunal volvió a reproducir la doctrina acerca de la discrecionalidad técnica de la Administración. En la apreciación de los criterios valorables mediante fórmula 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. En la Resolución 176/2011, de 29 de junio, se consideró que, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración. En este mismo sentido, la Resolución 189/2012 señalaba que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación, constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor. Por su parte, la resolución 159/2012 señalaba que “sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación - seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar “un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del

criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos”.

Consta en el expediente el informe técnico emitido por el Jefe de Departamento de Alcantarillado del Ayuntamiento donde, en contra de lo alegado por la recurrente, se analiza de forma detallada cada una de las ofertas presentadas por los licitadores en relación con los criterios de adjudicación no valorables en cifras o porcentajes, no apreciándose en el mismo ningún error material o de hecho, defecto procedimental o arbitrariedad, sino que es una manifestación de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación para valorar qué oferta es más adecuada de acuerdo con lo prescrito en los pliegos.

La doctrina de la “discrecionalidad técnica” ampara la valoración efectuada por los técnicos, siempre con el límite de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3. Constitución Española). Basta la lectura del apartado 20.A, relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes del Anexo I de los PCAP para comprender que los juicios de valor se encuentran definidos en términos tan laxos que permiten un amplio campo para la valoración técnica. Por ejemplo, “*conocimiento del ámbito de actuación*”, “*análisis de las soluciones planteadas*”, “*organización, metodología y características especiales que pueda aportar el licitador*”, etc.

Son juicios de valor, susceptibles de diferentes enfoques y precisamente es lo que les diferencia de los criterios de adjudicación objetivos sujetos a fórmulas, respecto de los cuales no cabe valoración alguna sino simplemente la aplicación de dicha fórmula. Precisamente por ello, para preservar esa imparcialidad se analizan previamente los criterios sujetos a juicio de valor.

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal “arbitrariedad” en el juicio técnico, es más sorprende que el recurrente haya realizado una labor de puntuación de dichos criterios de adjudicación sin un fundamento acreditado, sustituyendo el juicio de los

técnicos por el suyo propio, que no sirve para desvirtuar la presunción de objetividad que se presume de los primeros. Igualmente, llama la atención que el recurrente considere que su oferta obtuvo una puntuación muy baja cuando obtuvo 17,8 puntos, frente a los 18.,9 puntos otorgados a la adjudicataria.

Asimismo, tampoco se puede acoger la falta de motivación alegada pues en el referido informe técnico se analizan cada uno de los criterios en relación con la oferta presentada así como su puntuación, prueba de ello es que le ha permitido al recurrente hacer una comparativa del informe técnico y elaborar uno propio.

Por último, en cuanto a lo alegado sobre que a varios licitadores se les otorga la máxima puntuación en algunos criterios contraviniendo lo establecido en los pliegos que determinan que la mayor puntuación ha de otorgarse a la oferta de uno de los licitadores y el resto de las ofertas serán puntuadas proporcionalmente, decir que no tiene ninguna consistencia esta alegación pues lógicamente dos ofertas pueden tener una puntuación idéntica en un criterio al ser valorada en su conjunto. En este orden de ideas sería como decir que en las mejoras ofertadas dos licitadores no pueden obtener la misma puntuación.

De acuerdo con lo expuesto se desestiman las pretensiones del recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 464 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ALDESA CONSTRUCCIONES, S.A. contra el Decreto de 5 de julio de 2021 del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad

del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el contrato de “Obras de construcción del colector Vicálvaro A”, número de expediente 300/2020/00727

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 5 de agosto de 2021.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.