

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

En Madrid, a 6 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don F.G.D., como administrador solidario de la entidad Shootballs Madrid, S.L., contra el Decreto del Alcalde Accidental del Ayuntamiento de Tres Cantos, de 4 de agosto de 2016, por el que se adjudica el “Contrato del servicio de Escuela Municipal de danza de Tres Cantos”, expediente 2016/07, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 17 de junio de 2016 se publicó la convocatoria para la adjudicación del contrato mencionado, mediante procedimiento abierto, pluralidad de criterios y valor estimado de 600.000 euros.

A la licitación se presentaron cinco empresas incluida la recurrente.

Según el punto 2 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el objeto del contrato es la prestación de las actividades de: Ballet Clásico (aplicación del método de Royal Academy of Dance, cumpliendo los requisitos pedagógicos que dicha metodología exige para cada grado, con el

objetivo de afrontar con garantías los exámenes que realiza dicha institución), Danza Española (aplicación del método APDE-Asociación de Profesores de Danza Española cumpliendo los requisitos pedagógicos que dicha metodología exige para cada grado, con el objetivo de afrontar con garantías los exámenes que realiza dicha institución), en la que se incluye Escuela Bolera, Flamenco, Estilización y Folclore, y por último Danza Moderna.

Debe asimismo destacarse en relación con el objeto del recurso, que el apartado 8 del Anexo I del PCAP establece, para valorar las ofertas, tanto criterios valorables mediante fórmulas o porcentajes, como criterios susceptibles de juicio de valor en concreto el Proyecto de gestión, al que se podrán otorgar hasta 40 puntos, de acuerdo con el siguiente baremo:

- *Objetivos generales de la Escuela Municipal de Danza. Hasta 10 puntos.*
- *Estructura organizativa: disposición de medios técnicos, materiales y humanos para atender debidamente la ejecución del servicio. Hasta 20 puntos.*
- *Ámbitos formativos: niveles, grupos, edades, actividades y horarios. Hasta 10 puntos”.*

Se indica asimismo que *“En el proyecto, que se presente en el sobre B, no se deberá mencionar por parte del licitador la proposición que en su caso realice en relación a las Clases de Pre-Danza, Talleres de Danza Española y Ballet Clásico del Royal Academy of Dance, Talleres de “especialización y perfeccionamiento”, las Clases de Música, y Música en directo para exámenes, al tratarse de aspectos que serán valorados como criterios de adjudicación evaluables automáticamente y que deben ser incluidos en el sobre C”.*

El 21 de julio de 2016, previa recepción del informe evacuado por el Director de Cultura de fecha 19 de julio de 2016 relativo al sobre B “Criterios no evaluables automáticamente” que obra en el expediente, se celebra la tercera sesión de la Mesa de Contratación, en la que se procede al estudio del citado informe. Seguidamente se realiza la apertura del sobre C “criterios de adjudicación evaluables automáticamente”, que contiene la oferta económica y las mejoras

técnicas al servicio presentadas por los dos los licitadores finalmente admitidos en el procedimiento, dándose traslado al Director de Cultura a los efectos de que valore las proposiciones relativas a estos criterios.

Emitido informe por el Director de Cultura con fecha 22 de julio, se celebra la cuarta sesión de la Mesa de Contratación el 26 de julio, y por unanimidad de sus miembros resuelve que la propuesta de adjudicación del contrato del servicio de la Escuela de Danza de Tres Cantos, se realice a favor de Arte Andaluz, S.L.

El 4 de agosto de 2016 conforme a la propuesta de la Mesa de contratación, el órgano de contratación mediante Decreto del Alcalde Accidental del Ayuntamiento de Tres Cantos de 4 de agosto, adjudica el contrato de referencia a favor de Arte Andaluz, S.L., procediendo a notificar dicha resolución al adjudicatario y al resto de los licitadores el 5 de agosto de 2016 y a publicarla en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento.

El resultado de la licitación obedece a la siguiente puntuación de los criterios subjetivos:

LICITADOR	OBJETIVOS GENERALES	ESTRUCTURA ORGANIZATIVA	AMBITOS FORMATIVOS	PUNTUACIÓN TOTAL (max 40ptos)
ARTE ANDALUZ, S.L.	10 puntos	20 puntos	10 puntos	40 puntos
SHOOTBALLS MADRID, S.L.	2 puntos	8 puntos	4 puntos	14 puntos

Segundo.- El 23 de agosto de 2016, previo anuncio al órgano de contratación el día 22 de agosto, tiene entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de dicho contrato.

El recurso formulado solicita *“anular la adjudicación del contrato del servicio de la Escuela Municipal de Danza de Tres Cantos, expediente 2016/07, a favor de*

ARTE ANDALUZ, S.L.”, así como que se valore nuevamente la oferta presentada por el recurrente atendiendo las alegaciones efectuadas en las que manifiesta los errores, deficiencias y omisiones existentes en el acto impugnado y en correlación con la nueva valoración, acordar la adjudicación del contrato a favor de Shootballs Madrid, S.L.

Tercero.- El mismo día de la recepción del recurso se requirió al órgano de contratación para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, remitiera el expediente administrativo acompañado de su informe preceptivo, habiéndose atendido dicho requerimiento el día 7 de septiembre de 2016.

En su informe el órgano de contratación aduce que *“en el informe emitido por el Director de Cultura, con la valoración de las proposiciones en virtud de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor establecidos en el PCAP, se recoge suficientemente la motivación de la puntuación otorgada a cada licitador, siendo esta motivación una apreciación del técnico basada en la experiencia y profesionalidad del mismo”* y *“que se han cumplido los requisitos exigidos por la jurisprudencia que son: que no se modifican criterios de adjudicación del contrato definidos en el PCAP, que no contiene elementos que, de haber sido conocidos en el momento de preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y que no ha sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”*.

Cuarto.- Con fecha 8 de septiembre de 2016 el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

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

recibido escrito de alegaciones de Arte Andaluz, S.L. de cuyo contenido se hará referencia al conocer del fondo del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 5/2016, de 22 de julio, por la que se modifica la Regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El acto recurrido es la adjudicación de un contrato de servicios con código CPV 92342000-0 (Servicios de enseñanza de baile) incluido en el apartado 2 del Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; de acuerdo con la que quedan sujetos a regulación armonizada los contratos que estando regulados en la misma, tengan un valor estimado superior al umbral comunitario y no estén excluidos de su ámbito de aplicación, y no únicamente los que, teniendo un valor estimado superior a aquel umbral, están recogidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, que son los reconocidos por el artículo 16.1 del mismo. Así que todos los contratos de servicios, con sus especialidades, quedan regulados en la nueva Directiva 2014/24/UE y están sujetos a regulación armonizada, según los umbrales que se establecen.

Cabe aún hacer una precisión en cuanto al grado de intensidad de aplicación de la Directiva en tanto en cuanto su artículo 74 establece que *“los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo XIV se adjudicarán de conformidad con el presente capítulo cuando el valor de dichos contratos sea igual o superior al umbral indicado en el artículo 4, letra d)”* (750.000 euros), lo que implica un régimen algo menos estricto que para el resto de contratos de servicios con el pleno respeto a los principios de la contratación pública.

En el mencionado Anexo XIV figuran los servicios administrativos, sociales educativos, sanitarios y culturales, entre ellos los del código CPV 92000000-1 a 92700000-8 que incluye el que es objeto de contratación, 92342000-0, siendo que el valor estimado de este contrato no alcanza los 750.000 euros, lo que en principio lo sitúa fuera del ámbito de aplicación objetivo del recurso especial en materia de contratación.

Ahora bien, este contrato de acuerdo con el artículo 40.1.b) del TRLCSP, sería susceptible de recurso especial al tener un valor estimado superior a 209.000 euros, por decisión del legislador español que somete este tipo de contratos al mismo régimen de recursos que a los sujetos a regulación armonizada. En tal caso y teniendo en cuenta la improcedencia de la aplicación del efecto directo vertical descendente, tal y como se indica en la Sentencia del TJUE, de 12 de diciembre de 2013, asunto C-425/12, Portugás, cuando señala que se trata de *“evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”*, y como ya dijimos en nuestra Resolución 106/2016, de 1 de junio, debe admitirse la posibilidad de recurso especial.

Tercero.- En cuanto al plazo de interposición el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles establecidos en el art. 44.2 del TRLCSP, ya que habiéndose notificado el Decreto del Alcalde Accidental del Ayuntamiento por el que se adjudica el contrato, el 5 de agosto de 2016, el recurso presentado el 23 de agosto de 2016, se interpuso en plazo.

Cuarto.- Se acredita en el expediente *prima facie* la legitimación de Shootballs Madrid, S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso mediante la documentación aportada el 22 de septiembre de 2016 al Tribunal en el plazo de

subsanción concedido al efecto.

Ahora bien no cabe desconocer la diferencia de puntuación asignada a cada oferta, tal y como más arriba se ha recogido de 34 puntos en los criterios valorables mediante juicio de valor, de manera que la legitimidad de la recurrente, viene determinada con la posibilidad de obtener dichos 34 puntos o minorar correlativamente la puntuación asignada a la adjudicataria por medio del presente recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se centra en el examen de la asignación de puntuación de los criterios sujetos a juicio de valor, aduciendo con carácter general que *“la puntuación adjudicada en los objetivos generales es de sólo 2 puntos, tachándose de insuficientes, poco desarrollados y genéricos sin analizar dentro del ámbito formativo muchas de las especificaciones exigidas en el pliego y que sí valoran al adjudicatario sólo por ubicarlas en sede de objetivos generales cuando es lógica su ubicación en el ámbito formativo y desarrollo de cada una de las tipologías de danza ofertadas”*. A ello la recurrente añade reproches concretos que considera omisiones y deficiencias en el informe de valoración, que examinaremos a continuación, destacando que algunas de las cuestiones que aparentemente no se le han valorado en el sobre B, estaban incluidas en el sobre C, al tratarse de mejoras.

En concreto compara las puntuaciones otorgadas a su oferta y a la presentada por Arte Andaluz en los apartados relativos a Objetivos Generales, Estructura organizativa y Ámbito formativo y concluye que no existe *“justificación alguna, ni fáctica ni jurídica, para una valoración tan baja -en algunos apartados cercana al cero- ni para una diferencia de puntuación con la adjudicataria”*, por lo que entiende procede una revisión de la valoración del sobre B (criterios no evaluables objetivamente o criterios subjetivos) a la luz de las alegaciones contenidas en el recurso.

Al efecto, el órgano de contratación en su informe contesta todas y cada una de las alegaciones realizadas en cuanto a la puntuación otorgada por el informe técnico y sostiene que el Decreto de la Alcaldía adjudicaba el contrato a la oferta mejor valorada por la Mesa de contratación a la vista del informe técnico elaborado por el Director de Cultura que, de forma motivada, valora las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, y conforme a una tabla de valoración, con una subdivisión de la puntuación otorgada en función del grado y calidad de desarrollo a cada uno de los aspectos que debían contemplarse y valorarse dentro del proyecto de gestión a presentar por cada uno de los licitadores, tal como dispone la Cláusula 11 del PCAP en relación con la “Forma y contenido de las proposiciones”, y el apartado 8 del Anexo I relativo a las Características del contrato.

Añade el órgano de contratación que no se han podido valorar por el técnico aquellas aspectos definidos como criterios que dependen de un juicio de valor que debían ser presentados en el sobre B, pero que el recurrente incluyó en el sobre C en concreto las clases magistrales y la creación de una compañía de danza marca Tres Cantos (que el mismo reconoce), abierto con posterioridad a la emisión del informe por parte del Director de Cultura.

En cuanto a la valoración de las aportaciones o innovaciones ofertadas por Arte Andaluz, S.L. en el sobre B aclara que en el PCAP se señala que *“En el proyecto, que se presente en el sobre B, no se deberá mencionar por parte del licitador la proposición que en su caso realice en relación a las Clases de Pre-Danza, Talleres de Danza Española y Ballet Clásico del Royal Academy of Dance, Talleres de “especialización y perfeccionamiento”, las Clases de Música, y Música en directo para exámenes, al tratarse de aspectos que serán valorados como criterios de adjudicación evaluables automáticamente y que deben ser incluidos en el sobre C”*, pero nada se dice sobre la inclusión de cualquier otro aspecto o propuesta que se quiera realizar por los licitadores.

Por su parte, en el escrito de alegaciones presentado por la adjudicataria Arte Andaluz, S.L. sostiene que el recurrente *“no se ha ajustado a las PCAP y de PPT”* que rigen este contrato y *“que no puede pretender por vía del recurso se valore aspectos que debiendo incluirse en el SOBRE B el recurrente aportó en el SOBRE C”*. Añade que la oferta del recurrente es incompleta al omitir aspectos que se fijan en los Pliegos y seguidamente analiza aquellos aspectos que la recurrente omite y que han sido claramente detallados en la oferta de la adjudicataria y concluye que siendo criterios subjetivos corresponde su valoración al órgano de contratación, el cual los ha justificado y detallado en el Decreto de adjudicación. Finalmente solicita la imposición de una multa al recurrente por temeridad al impugnar la adjudicación sin base sólida, lo que ha retrasado la organización de la actividad causando un importante perjuicio tanto a ella como al Ayuntamiento.

Sentadas las posiciones de las partes debe destacarse que todos los reproches que contiene el recurso a la valoración, lo son a la valoración subjetiva respecto de la que los poderes adjudicadores deciden desde parámetros de discrecionalidad técnica. Esto obliga a un esfuerzo a la hora de razonar las puntuaciones otorgadas a los criterios sujetos a juicio de valor que se utilizan para la adjudicación de los contratos, que el órgano de contratación valorará de forma discrecional, sin que este Tribunal tenga competencia material para decidir con criterio propio tal y como se reconoce en la Resolución 456/2016 del TACRC en la que se concluye que *“(…) para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado”*, todo ello sin perjuicio del control de los elementos reglados de la actividad discrecional, como son si se han seguido los trámites procedimentales

establecidos, la competencia, si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

Uno de los elementos fundamentales para el control de los elementos reglados del acto discrecional es la motivación. Así hay que recordar lo manifestado por este Tribunal, entre otras en la Resolución 65/2016 respecto a que *“tanto la jurisprudencia como la doctrina de este Tribunal y del TACRC ha venido reiterando la necesidad de la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, lo que 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 de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.*

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas 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 aquellos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. La Administración 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.

El primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación. La motivación debe mostrar de modo claro e inequívoco el razonamiento del autor del acto. De modo que el candidato conozca no sólo las puntuaciones

respectivas, sino también que tenga una información de la causa de la atribución de las mismas, como ya se señaló por este Tribunal, entre otras, en la Resolución 177/2014, de 15 de octubre o la 156/2015 de 30 de septiembre”.

En este caso la puntuación de 40 puntos otorgada a la recurrente se explica con el siguiente detalle:

“SHOOTBALLS MADRID S.L.

a) Objetivos generales de la Escuela Municipal de Danza.

Se desarrollan de forma insuficiente o incompleta a las peculiaridades del servicio, esto es, la Escuela Municipal de Danza (como se especifica en el pliego). Los objetivos que menciona son tan globales que pudieran ser aplicados a cualquier escuela o academia; por ejemplo: apertura de nuevas perspectivas en la educación de la danza, potenciar los aspectos pedagógicos, corregir posturas y eliminar grasas, mejorar el equilibrio y los reflejos, aportar disciplina física y mental, trabajo en grupo, etc.

Puntuación: 2.

b) Estructura organizativa: disposición de medios técnicos, materiales y humanos para atender debidamente la ejecución del servicio.

• En cuanto a los medios técnicos y materiales, el desarrollo es mínimo y muy genérico. No se especifican los equipamientos. Así:

- No se desarrollan los equipos de audio y/o vídeo, ni de reproducción para cada una de las cuatro aulas.

- No se detalla. Equipamiento para la oficina de administración de la escuela.

• En cuanto a los profesores, sí se detalla el equipo humano con todos los miembros exigidos, aportando currículum.

Puntuación: 8.

c) Ámbitos formativos: niveles, grupos, edades, actividades y horarios.

• Se indican niveles y grados de enseñanza, tanto en Ballet Clásico como en Danza Española.

• No se detallan horarios, ni grupos, ni niveles de la especialidad de Danza Moderna.

• Aunque se indica la duración de las clases, no se aportan los horarios, tal y como se exige en el Pliego Técnico, ni cuadrantes semanales de clases o ejecución del servicio.

Puntuación: 4”.

“ARTE ANDALUZ S.L.

a) Objetivos generales de la Escuela Municipal de Danza.

• Se presentan objetivos generales adaptados a las necesidades de la Escuela Municipal de Danza de Tres Cantos y totalmente ejecutables.

• La empresa los divide en 10 objetivos distintos. Los dos primeros corresponden a las disciplinas de Ballet Clásico y Danza Española.

• Los 8 restantes son aportaciones e innovaciones que pueden ser interesantes para el desarrollo del servicio:

• La empresa se plantea el objetivo de presentar a examen a un 90% de alumnos matriculados.

• Ofrece clases magistrales para cada especialidad, con profesionales de probada reputación y prestigio.

• Aporta plan de colaboración entre Escuelas Municipales de Tres Cantos, con el objetivo de crear entre todas una obra escénica para ser representada en otros municipios de la Comunidad, “exportando la marca Tres Cantos” como modelo de enseñanza artística.

• Ofrece un servicio de atención al alumno y su familia.

• Ofrece asesoramiento y bolsa de trabajo a los alumnos, para que tengan la oportunidad de incorporarse a compañías de danza profesionales.

• Propone la celebración del 25º Aniversario de la Escuela Municipal de Danza en 2018.

• Propone la creación de un Grupo de Danza semiprofesional.

Puntuación: 10.

b) Estructura organizativa: disposición de medios técnicos, materiales y humanos para atender debidamente la ejecución del servicio.

- *Detalla el material técnico aportado para cada una de las 4 salas de danza, detallando el tipo de material proporcionado.*
- *Detalla el equipamiento material de la oficina de atención administrativa.*
- *Aporta el material didáctico para cada especialidad y grado.*
- *Aporta organigrama del personal destinado al servicio, incluyendo, además de la dirección artística, una dirección administrativa.*
- *Proporciona relación de profesorado con currículum y titulaciones.*
- *Incluye currículum, de la dirección administrativa.*
- *La empresa propone realizar encuestas de satisfacción con el objetivo de mejorar el servicio.*

Puntuación: 20.

e) Ámbitos formativos: niveles, grupos, edades, actividades y horarios.

- *Detalla los niveles formativos de Ballet Clásico, Danza Española y Danza Moderna.*
- *Proporciona los horarios concretos por cada especialidad y grado, e indica la capacidad (n ° de alumnos) de cada grado por curso y por hora.*
- *Aporta calendario de ejecución del servicio.*
- *Aporta horarios de cada uno de los empleados, detallando jornada laboral.*
- *Proporciona horario semanal con la distribución de clases por cada profesor y aula.*

Puntuación: 10”.

En conclusión las puntuaciones otorgadas coinciden con las reflejadas en la tabla de valoración definida por el Director de Cultura, como órgano técnico de asesoramiento a la Mesa y al órgano de contratación, sin que se observe error material, y con una motivación adecuada y suficiente por lo que la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica de la Administración.

Sexto.- Además la recurrente realiza ciertas afirmaciones en relación con la valoración de las mejoras; de un lado afirma que *“La celebración del 25 aniversario, bolsa de trabajo y colaboración entre escuelas son mejoras y según pliego no deben*

figurar en el sobre B como ocurre en el caso de ARTE ANDALUZ, por lo que a juicio de quien suscribe no deberían ser puntuadas por incumplimiento de los dispuesto en la normativa administrativa que rige la licitación”.

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

Por su parte, el artículo 26 del RD 817/2009 establece que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos”.* Y el apartado 2 del artículo 30 del RD 817/2009 que: *“2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”.*

Es decir, la normativa establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de

valor, todo ello con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor.

El hecho de que la legislación de contratación pública 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.

De esta forma la inclusión de mejoras valorables automáticamente en el sobre correspondiente a los criterios valorables mediante juicio de valor supone alterar el orden de apertura de ofertas lo que debería llevar consigo la nulidad de la valoración y por ende al no ser esta revisable de la licitación. Al efecto cabe mencionar los pronunciamientos judiciales más recientes como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 o dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la primera, la 506/2015, de 30 de diciembre, dictada en el recurso 707/2014, señala que el orden de apertura es una salvaguardia del carácter secreto que vería comprometida la imparcialidad y objetividad del proceso constituyendo obligación de la Mesa de contratación la motivación de por qué el conocimiento de un dato afecta de forma relevante a la valoración de los criterios de adjudicación hasta el punto de provocar la exclusión. Y la Sentencia reciente 6/2016, de 18 enero de 2016, Roj: STSJM 180/2016, dictada en el recurso 275/2014, interpuesto precisamente por Valoriza Servicios Medioambientales, por lo que debe ser concedora de la misma y en la que defendió la posición acogida por el TSJM. Esta última declara que para anular el procedimiento por alterar el orden de apertura de las ofertas no es suficiente con que se haya podido producir una potencial

vulneración de los derechos de publicidad y de igualdad. No se constata en tal procedimiento que la información desvelada resultó concreta y efectivamente decisiva en la adjudicación del contrato. No resulta acreditada la efectiva y no solo potencial o posible vulneración de los derechos, por lo que no se constata la concurrencia de causa de nulidad.

Para abordar el caso particular que nos ocupa hay que tener en cuenta, en primer lugar, en la presentación de proposiciones, el tenor literal de los pliegos *“En el proyecto, que se presente en el sobre B, no se deberá mencionar por parte del licitador la proposición que en su caso realice en relación a las Clases de Pre-Danza, Talleres de Danza Española y Ballet Clásico del Royal Academy of Dance, Talleres de “especialización y perfeccionamiento”, las Clases de Música, y Música en directo para exámenes, al tratarse de aspectos que serán valorados como criterios de adjudicación evaluables automáticamente y que deben ser incluidos en el sobre C”*.

Prima facie puede parecer que la redacción de la cláusula anteriormente descrita pudiera propiciar el error por parte de la recurrente, al utilizar la expresión técnica “proposición”, sin embargo examinada la oferta de la recurrente, se aprecia que no toda la falta de acreditación de la propuesta técnica efectuada por la misma, se debe a la incorrecta inclusión de las propuestas en el sobre C, puesto que por ejemplo la falta de detalle de la especialidad “danza moderna”, puesta de relieve en el informe de valoración, nada tiene que ver con la advertencia del pliego en cuanto la misma únicamente se refiere a “Clases de Pre-Danza, Talleres de Danza Española y Ballet Clásico del Royal Academy of Dance, Talleres de “especialización y perfeccionamiento”, las Clases de Música, y Música”.

De esta forma, cabe concluir en primer lugar, que el posible error padecido no obedece a la falta de claridad de los pliegos. A ello debe sumarse que en la definición de los criterios objetivos previstos en el PCAP no se comprenden las mejoras propuestas por la recurrente, y que según aduce, al haber sido incluidas en el sobre C no han podido ser valoradas junto con su proyecto técnico, puesto que ni

la celebración del 25 aniversario, ni la bolsa de trabajo o la colaboración entre escuelas, aparecen en el pliego como elementos a valorar objetivamente, de manera que no cabe tenerlas en consideración sino en el seno del proyecto de gestión a valorar subjetivamente. Por ello no cabe imputar su falta de valoración al propio diseño de la licitación, y determinación del contenido de cada sobre por el órgano de contratación, sino a la decisión de la licitadora que ha incluido determinada información de su oferta en un sobre al que los técnicos de valoración no tenían acceso en el momento de emitir su informe, so pena de alterar el orden de apertura de ofertas respecto de la oferta de la recurrente, no procediendo estimar el recurso por este motivo.

Tampoco cabe apreciar que se haya vulnerado el orden de apertura de las ofertas en la valoración de la proposición de la adjudicataria del contrato.

Séptimo.- A la vista de lo alegado por la adjudicataria en trámite de alegaciones, cabe apreciar si se ha producido mala fe de acuerdo con lo establecido en el artículo 47.5 TRLCSP *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”*.

Los conceptos temeridad y mala fe aunque íntimamente ligados presentan distintos matices, basados en el alcance subjetivo que presenta la mala fe respecto de la temeridad, si bien en este tipo de procedimientos suelen ir unidas. Efectivamente si un recurso carece de fundamento, pero dicha carencia no puede residenciarse en la conducta del recurrente, difícilmente podrá hablarse de mala fe. Considera la jurisprudencia que concurre temeridad respecto de los recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se

señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

En este caso no se acredita la mala fe, siquiera sea indiciariamente, ni se aprecia por el Tribunal temeridad en la interposición del recurso cuyo contenido responde al ejercicio del derecho de defensa por la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por don F.G.D., como administrador solidario de la entidad Shootballs Madrid, S.L., contra el Decreto del Alcalde Accidental del Ayuntamiento de Tres Cantos de 4 de agosto de 2016, por el que se adjudica el “Contrato del servicio de Escuela Municipal de danza de Tres Cantos.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 8 de septiembre de 2016.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.