

Recurso nº 213/2017

Resolución nº 224/2017

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

En Madrid, a 4 de agosto de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.S.U., en su condición de Concejal y Portavoz del Grupo Municipal de Izquierda Unida del Ayuntamiento de Majadahonda, contra el Acuerdo de fecha 27 de junio de 2017, del Pleno de la Corporación, por el que se adjudica el contrato “Concesión del servicio de Escuelas Infantiles Talín, Tamaral y Tacataca, de Majadahonda”, número de expediente: 83/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

Cuarto.- En sesión ordinaria de 27 de junio de 2017 el Pleno del Ayuntamiento de Majadahonda aprobó adjudicar el contrato de concesión del servicio de Escuelas Infantiles. Para el lote I (Escuela Infantil Talín) a la empresa BABYTECA, S.L.; para el lote II (Escuela Infantil Tamaral) a la empresa BABYTECA, S.L. y para el lote III

(Escuela Infantil Tacataca) a la empresa Escuela y Parque Infantil Pequeñines, S.L. La aprobación tuvo lugar una vez sometida a votación la propuesta de la Mesa de contratación, por once votos a favor correspondientes al Grupo Municipal Popular, siete votos en contra correspondientes al Grupo Municipal Socialista, Somos Majadahonda e Izquierda Unida y siete abstenciones correspondientes a los grupos municipales Ciudadanos y Centrista.

Quinto.- El 18 de julio de 2017 se presentó en el registro del Ayuntamiento de Majadahonda, dirigido a este Tribunal, recurso especial en materia de contratación, formulado por don J.S.U., en su condición de Concejal y Portavoz del Grupo Municipal de Izquierda Unida del Ayuntamiento de Majadahonda, contra el acuerdo plenario de 27 de junio, en el que solicita que “*sea dictada resolución en la que se resuelva anularlo*”.

El recurso alega que este acuerdo del Pleno ratifica la propuesta de la Mesa de contratación que otorgaba las máximas puntuaciones a las empresas adjudicatarias de los diferentes lotes resultando determinantes las ofertas económicas, dado que en los lotes I y II la empresa adjudicataria supera por la mínima el umbral establecido para poder ser evaluada en cuanto al proyecto educativo. Todo ello en base a un informe de valoración que, como puso de manifiesto en el Pleno de la Corporación, presenta numerosas incongruencias, y cuyas conclusiones no han sido suficientemente justificadas ante el Pleno Municipal, que como órgano de contratación es el que finalmente debía tomar la decisión.

Sexto.- El 26 de julio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) oponiendo “*falta de legitimación activa en relación a la impugnación, en un momento posterior al acto de adjudicación por ser extemporáneo, de criterios establecidos en el Pliego de Prescripciones Administrativas*” y solicitando la desestimación del recurso respecto de los demás motivos.

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

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

En el supuesto que nos ocupa, en un breve espacio temporal se han presentado un total de cinco recursos que ha obligado al órgano de contratación a copiar y remitir un extenso expediente y los informes correspondientes a todos los recursos.

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

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

En su desarrollo reglamentario, el artículo 24.4 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, aclara determinados supuestos especiales de legitimación y en concreto la cuestión de los miembros de las entidades locales, estableciendo de forma expresa que “*Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la*

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

El recurrente es portavoz del Grupo Municipal Izquierda Unida del Ayuntamiento de Majadahonda y en tal condición pretende satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

El concejal y el Grupo Municipal como miembro electo de la Corporación local, representa los intereses del propio municipio, ya que como representante de los ciudadanos le corresponde la defensa de los intereses de los mismos a través del sistema establecido de aprobación de los acuerdos. Al efecto alega el grupo recurrente que tiene la condición de interesado en la adjudicación como consecuencia del principio de representatividad institucional dimanante de la sociedad de Majadahonda, en el seno de la cual se inserta el intenso debate como consecuencia de la adjudicación recurrida. Cree que existen dudas sobre la idoneidad del procedimiento seguido, especialmente en lo que puede afectar a la garantía de que la prestación del correspondiente servicio se lleve a cabo con los necesarios estándares de calidad educativa. Señala al respecto que el procedimiento de licitación y los resultados de la adjudicación han generado una importante alarma entre las familias usuarias del servicio de Escuelas Infantiles municipales, así como en organizaciones cívicas y sociales de ámbito local, como la Asociación de Vecinos del Municipio de Majadahonda o la Plataforma en Defensa de la Educación Pública, que han mostrado públicamente y han trasladado al Ayuntamiento de Majadahonda de forma oficial su preocupación por que se siga manteniendo la calidad del servicio educativo, a la vista de las deficiencias detectadas en el mencionado procedimiento.

El Grupo recurrente goza de legitimación para recurrir en su condición de miembro de la Corporación Local (adjunta certificado expedido por la Secretaría General del Ayuntamiento de Majadahonda) y del órgano de contratación, habiendo

votado en contra de la adjudicación objeto del recurso, sin perjuicio del examen de las pretensiones en relación con la esfera jurídica del recurrente.

Tercero.- El plazo de interposición del recurso es de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, computado según las reglas que establece el mismo artículo y el 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 811/2015, de 11 de septiembre, dependiendo del acto impugnado.

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

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

El artículo 40.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece con carácter

general, para todos los ciudadanos y no solo para los ciudadanos cualificados, como los concejales, que las notificaciones surten efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución objeto de la notificación, y tenemos que convenir en que no hay mayor conocimiento del contenido de una resolución que aquel que proviene de haber sido protagonista y creador de la resolución misma, como ocurre en estos casos previstos en los artículos 211.3 del ROF 2568/86 y 63.1.b) LRBRL. Así, también la STS de 18 de marzo de 1992 consideró que, por ser contraria al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, no solo la petición de notificación de un acuerdo por quienes ya lo conocían carece de base legal alguna, sino que quedaría al capricho del peticionario de la notificación el momento de la misma.

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

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

En cuanto al lugar de interposición dispone el artículo 44.3 del TRLCSP que deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el registro del órgano competente para la resolución del recurso. Aunque el recurso se presento en el registro del ayuntamiento de Majadahonda este no iba dirigido al órgano de contratación sino al Tribunal. No obstante, el mismo día fue remitido a este y el recurso entró dentro de plazo.

Cuarto.- Sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto de algunos motivos referidos al contenido del PCAP, el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación de un contrato calificado como concesión de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El primer motivo de recurso alega incorrecta constitución de la comisión de valoración.

En la cláusula XVII del Informe Técnico Memoria explicativa del contrato se explica que, a pesar de que el artículo 25 del RDL 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 (RDPLCSP), no sería aplicable en este contrato ya que los criterios sometidos a un juicio de valor no son superiores a los criterios evaluables de forma automática, para una mayor transparencia y eficiencia se constituirá una comisión de valoración de los criterios sometidos a un juicio de valor.

La creación de esta comisión se incluye en la cláusula 14.6 del PCAP del contrato en los términos reproducidos en los antecedentes de hecho de esta Resolución

Se alega por el grupo recurrente que la comisión de valoración está conformada, tal y como recoge la cláusula 14.6 del PCAP del contrato, por el Director del Área de Educación del Ayuntamiento de Majadahonda, parte del órgano proponente del contrato, ya que es el responsable del contrato, además de haber

elaborado y firmado los pliegos de condiciones técnicas. Al mismo tiempo actúa como asesor de la Mesa de Contratación. Invoca el Informe 34/09, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa «Consulta en relación a la constitución del comité de expertos para la evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor y qué se entiende por órgano proponente del contrato», que dice, entre otras cosas: *“En relación con la segunda opción cabe afirmar la exactitud de su conclusión si bien con la advertencia que ha de considerarse que quien haya elaborado el pliego de prescripciones técnicas ha de estar incluido entre quienes no pueden formar parte del comité.”*

A fin de resolver el motivo de recurso cabe recordar que el artículo 28 del RDL 817/2009 regula el funcionamiento de los comités de expertos y establece que:

“1. Cuando la evaluación deba efectuarse por un comité formado por expertos, éstos deberán ser como mínimo tres.

2. Siempre que sea posible, los miembros del citado comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante. En ningún caso podrán estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato.

3. Todos los miembros del comité contarán con la cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración.”

A efectos de conocer cuando es preceptiva la constitución de un comité de expertos procede recordar que el artículo 150.2 del TRLCSP establece que *“...Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos...”.*

Tal como explica el informe al recurso elaborado por el Ayuntamiento con la creación de la comisión de valoración se pretendía una visión extensa de los proyectos presentados, una valoración amplia por varios profesionales y una mayor garantía para los licitadores. Dicha Comisión no fue objeto de recurso, ni por el recurrente ni por ninguna licitadora, con ocasión de la publicación de los pliegos.

En el caso que nos ocupa el criterio sujeto a juicio de valor “proyecto educativo y organizativo del centro” supone justamente el 50% del total de los puntos posibles, por tanto la ponderación de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas no es inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Es decir, y tal como se explica en la propuesta de contratación y en el propio PCAP, a pesar de que no era obligatorio, el Ayuntamiento de Majadahonda decide crear una comisión de valoración (no un comité de expertos) que no es un órgano equivalente en sus características y funciones al comité de expertos que prevé la normativa citada.

La comisión de valoración es un órgano de asesoramiento técnico al que no son exigibles los requisitos legales establecidos en el artículo 28 del RDPLCSP y cuenta con una composición predeterminada en el PCAP que fue conocida por todos los interesados, licitadores y grupos municipales del ayuntamiento sin que se interpusiera ningún recurso contra ellos, siendo por tanto aceptados y consentido su contenido. Por ello no se puede oponer que uno de sus miembros sea parte del órgano proponente del contrato.

Procede recordar el carácter vinculante de los Pliegos tanto para la Administración como para los licitadores que toman parte en un proceso competitivo en materia de contratación administrativa.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que “*(...) puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar*

adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico". Y finaliza concluyendo que "la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho" (Sentencia 4517/2004, de 28 de junio).

Tal como señala la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 2016 "Por ello, no es posible impugnar los pliegos de cláusulas con ocasión o con posterioridad a la adjudicación del contrato, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2"), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que «el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos". Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno los pliegos que no ha combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la adjudicación del contrato, que se produjo o tuvo lugar conforme a la ley del contrato. Lo dicho nos lleva a confirmar el acuerdo del TARCR, sin más razonamientos y sin que proceda que esta Sala se pronuncie sobre el contenido de los pliegos y sus condiciones, toda vez que en este caso no pueden ser objeto de revisión con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación, rechazando con ello las subsidiarias pretensiones formuladas puesto que exceden del objeto del presente recurso (...) »

En consecuencia, el recurso contra el contenido del PCAP es extemporáneo, por lo que procede inadmitir el motivo de recurso.

Sexto.- Como segundo motivo de recurso se invoca que se ha aplicado una fórmula proporcional no prevista inicialmente en los pliegos para valorar determinado criterio sujeto a juicio de valor.

En concreto, dentro del apartado 8 de la cláusula 1, el criterio 2 valora:
“Horas semanales de exposición al idioma inglés por cada grupo de edad.... hasta 5 puntos.”

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

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

Considera el grupo recurrente que ello supone que la comisión de valoración, respecto a los criterios que se evalúan mediante juicio de valor, decide aplicar una fórmula proporcional no prevista en el pliego como método para evaluar el Proyecto de iniciación al inglés, lo que podría contravenir lo dispuesto en el TRLCSP, tanto por la utilización de una fórmula no prevista, como por el momento en que es aplicada, lo que puede suponer una distorsión del procedimiento. Si el Ayuntamiento de Majadahonda hubiera pretendido que este apartado, dentro del Proyecto de iniciación al Inglés, se hubiera limitado al simple ofrecimiento de más horas de exposición, sin que viniera avalado por su conveniencia dentro de un proyecto

educativo y de acuerdo con una metodología didáctica, debería haberlo especificado e incluido dentro de los criterios basados en aplicación de fórmula, como hace en el caso del precio o el personal que desarrollará el proyecto. Subraya además que la aplicación de esta fórmula proporcional acaba siendo determinante en el resultado final de la licitación. Por último, ni siquiera se aplica el criterio acordado por la Comisión, ya que en su acuerdo se establece que van a valorar según se “*oferte un mayor número de horas de exposición al inglés por cada grupo de edad*”, lo que supondría valorar por cada tramo de edad (0-1, 1-2 y 2-3 años), cuando al final se valora globalmente el número total de horas ofertadas sin diferenciar tramos de edad. Considera que esta aplicación directa de una fórmula no advertida previamente ha podido causar un impacto sobre el resultado final, ya que si el resto de licitadores hubieran conocido que este era el criterio a aplicar podrían haber formulado de otra forma sus ofertas, dándole mayor importancia al número de horas y no a que pudieran ser las adecuadas dentro la metodología didáctica a implementar.

La posibilidad de concretar cómo se va a aplicar un criterio de forma proporcional viene amparada por la definición que del mismo se hace literariamente en el propio PCAP. Es cierto que la aplicación del criterio no requiere ningún juicio de valor sino que puede ser automática e incluirse entre los criterios de este tipo. Sin embargo fue conocido por todos los interesados, recurrente incluido, sin que se interpusiera recurso, por lo que quedó consentido. También es cierto que los criterios sujetos a juicio de valor deben valorarse antes y sin conocimiento de los criterios valorables mediante fórmula. Pero en el caso que nos ocupa, como hemos dicho, la forma de valoración figuraba en los pliegos y el tribunal no aprecia que se trate de un supuesto de nulidad de pleno derecho que permitiera en el momento de su aplicación considerar nulo el criterio.

El número de horas de exposición al inglés se valora de forma totalmente objetiva en función únicamente del número ofrecido. La vinculación con la necesidad o conveniencia en relación al proyecto educativo es objeto de valoración en otro apartado “metodología didáctica”, valorable con hasta 5 puntos, que puede valorar

negativamente a quien presentó mayor número de horas y mejor a quien menos. Así se estableció en el pliego y cada uno de los apartados del criterio relativo al proyecto de iniciación al inglés valora aspectos distintos.

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

A juicio de este Tribunal no se dan en el presente caso las circunstancias precisas para aplicar esta doctrina, puesto que la causa que la recurrente invoca considerando que la aplicación no se corresponde con lo previsto en el pliego ha sido, por los razonamientos expuestos, desestimada. A ello debe añadirse que no solo no se impugnaron los pliegos en el momento oportuno siendo vinculantes tanto para los licitadores como para el órgano de contratación que los ha de aplicar en sus propios términos. Procede pues, desestimar el motivo de recurso.

Séptimo.- Se alega también opacidad y falta de justificación en el funcionamiento de la comisión de valoración.

Con fecha 31 de marzo de 2017 se produce la primera reunión de la citada comisión (pág. 980 del expediente) y en la que, entre otras cuestiones, se acuerda que todos los miembros darán lectura a los proyectos, harán su valoración, la pondrán en común y de la misma se obtendrá el resultado final. Además, se fija un calendario de trabajo de 7 reuniones. Con fecha 22 de mayo de 2017, la comisión de valoración emite informe de valoración (pág. 984 del expediente).

Se reprocha por el recurrente que en todo el expediente no existen actas de las reuniones de trabajo mantenidas por la comisión. Según el calendario previsto serían 7 pero, según testimonio del Director de Educación se reunieron en más de 12 ocasiones aunque no existen actas de esas reuniones. El responsable del contrato explicó que se ha utilizado como documento de valoración uno suministrado por otra Administración, la Comunidad de Madrid, con el objetivo de que la valoración de los datos no se hiciera de una forma dispersa. Afirma el recurrente que este instrumento/documento de valoración no aparece en ningún caso mencionado ni en los pliegos, ni en el funcionamiento de la citada comisión ni en las dos actas que forman parte del expediente administrativo, es decir supuestamente se ha utilizado una metodología de valoración de la que no hay constancia en todo el desarrollo del proceso administrativo. Concluye que los miembros del órgano de contratación (el Pleno municipal) que deben tomar la decisión sobre la adjudicación, a pesar de haber manifestado dudas fundadas al respecto, no han tenido suficientes elementos de juicio para despejar todas las dudas técnicas generadas.

Las actuaciones de la comisión de adjudicación se han plasmado en su acta correspondiente, donde figuran las condiciones de valoración de las propuestas, los criterios utilizados, la explicación del otorgamiento de puntos y los miembros que lo hacen. Pretender que la no constancia de cada una de las reuniones en un documento diferenciado supone opacidad en la licitación es extraer una conclusión excesiva sin una base fáctica. En realidad la misión de la comisión es la valoración

de las ofertas y de ello debe dejar constancia documental y así ha ocurrido sin que la referencia al número de reuniones sea a juicio de este Tribunal un defecto sustancial determinante de la falta de objetividad o motivo de anulación.

Tampoco se puede admitir la conclusión de opacidad por no haber proporcionado el documento de trabajo utilizado para uniformar las puntuaciones y para que los miembros sigan unos parámetros uniformes. Estamos ante unos criterios de valoración de carácter subjetivo cuya apreciación depende de cada sujeto que los analice y muy probablemente nunca van a coincidir dos posibles valoradores distintos. La elaboración de un documento interno intenta objetivar la forma de hacerlo entre todos los miembros de la comisión pero no vincula para la asignación matemática de puntos, por tanto su conocimiento nada añadiría a la recurrente a la hora de considerar infringido el procedimiento de selección. Por otra parte, como indicó el Técnico municipal de Educación en la reunión de la Comisión de Control de la Contratación, el documento de trabajo fue elaborado por la comunidad de Madrid para la valoración de los distintos procedimientos de selección de ofertas la red de escuelas infantiles que utilizan los criterios aprobados en la proposición no de ley de la Asamblea de Madrid. La publicidad del documento de trabajo supondría una ventaja para los licitadores de los procesos futuros o en curso.

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

En consecuencia el Tribunal desestima el motivo de recurso.

Octavo.- Finalmente el recurso denuncia lo que califica de numerosas irregularidades entre las puntuaciones otorgadas a los proyectos educativos presentados por unas u otras empresas licitantes y los juicios de valor expresados en el propio informe, ya que éstos no guardan la debida correspondencia con las

puntuaciones de los apartados a los que hacen referencia. Considera incongruente que ante el mismo proyecto se obtengan puntuaciones distintas, según el lote en el que se licita, y que a su vez ante valoraciones similares se pueda obtener diferentes puntuaciones. Para defender su posición recoge numerosas frases entresacadas del informe de valoración donde se califican determinados aspectos calificados como positivos o negativos en el informe de la comisión de valoración de las diferentes ofertas (hasta de un total de ocho contenidos) y concluye que ante valoraciones similares se obtienen puntuaciones diferentes.

Antes de entrar a analizar los supuestos errores, arbitrariedades o desigualdades en la valoración de las ofertas, procede recordar que se trata de la valoración de criterios sujetos a juicio de valor, ámbito en el que juega un papel fundamental la discrecionalidad técnica.

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

Tal como indicó este Tribunal en la reciente Resolución 166/2017, “*La Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2014, recurso 1375/2013,*

fija el marco de control del poder discrecional frente a la arbitrariedad y su pariente próximo la discrecionalidad extralimitada. Respecto del contenido de la motivación se declara que debe cumplir al menos estas condiciones:

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

La más reciente STS 813/2017 de 10 de mayo, dictada en el recurso 2504/2015, afirma que “la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

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

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

Conviene, en primer lugar, traer a colación el sistema de valoración que en este caso se ha empleado para puntuar homogéneamente a las ofertas y hacer que los juicios de valor sean lo más objetivos posibles: en lugar de hacerse una valoración unipersonal se procedió a constituir voluntariamente una comisión compuesta por cinco especialistas en materia de educación. Cada una de las propuestas ha sido leída y puntuada por cada uno de ellos y la puntuación otorgada ha sido el resultado de obtener la media aritmética. *Para la valoración de toda la información contenida en cada una de las ofertas, cada miembro de la comisión disponía de un documento de trabajo. En dicho documento se relacionan, de forma precisa, los contenidos legales, las disposiciones, los planes y los criterios y contenidos pedagógicos y educativos que deben ser referidos en cada uno de los apartados. De esta forma, cada miembro de la comisión realizó una valoración teniendo en cuenta los mismos criterios y contenidos.* El rango de apreciación de los diferentes aspectos a valorar fue concretado desde su publicación en el PCAP que indica que el reparto de los 40 puntos que se pueden obtener en la evaluación del proyecto educativo y organizativo del centro se obtendrán de la valoración de 7 apartados o contenidos, indicando el valor relativo de cada uno que oscila entre 1 y 10 puntos según el grado de importancia que previamente se le ha atribuido.

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

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

El principal reproche que hace el recurso a la valoración de los aspectos sujetos a juicio de valor es la vulneración del principio de igualdad, pero como se ha expuesto en los puntos anteriores recogiendo lo alegado en el recurso, por el órgano de contratación y por la adjudicataria, no queda acreditado que aun siendo el proyecto de la misma licitadora, se trate de propuestas idénticas o con una coincidencia sustancial para los tres lotes que las haga merecedoras de la misma puntuación en todos ellos sin que pueda presumirse que todas respondan a un contenido copiado sino que cada proyecto ha debido adaptarse a cada escuela que se pretende gestionar. Aun apreciando cierta similitud o incluso igualdad en algunos aspectos puestos de manifiesto por la recurrente ello no implica que la valoración de conjunto con los otros aspectos de la justificación de los criterios de adjudicación tenga una identidad de contenido, lo cual permite una valoración diferente.

Como señala la STS de 4 de octubre de 2002, para que exista la vulneración del principio de igualdad de trato se requiere igualdad de supuestos, circunstancia que en el caso que nos ocupa no concurre, ya que las ofertas analizadas son técnicamente diferentes y, según el informe de valoración, las diferencias puestas de manifiesto son las que determinan la diferente puntuación. Todas las ofertas han

sido valoradas con los mismos criterios y las alegaciones de arbitrariedad y no desvirtúan la motivación expuesta en el informe. La diferente puntuación viene determinada por la diferencia de contenidos, apreciada desde un punto de vista técnico cualificado, de conformidad con los valores establecidos y las necesidades del servicio puestas de manifiesto en el PPT.

Tampoco puede aceptarse que el hecho de que el informe recoja determinados aspectos negativos o positivos de cada oferta tenga como consecuencia directa una determinada puntuación en relación directa con el número de aspectos de uno y otro carácter que se mencionen. La explicación que hace el informe no puede reproducir el contenido de los proyectos presentados sino que escoge, en cada uno de los apartados susceptibles de ser valorados, aquellos aspectos que merecen una calificación o juicio de los técnicos informantes sin que cada reproche o cada enaltecimiento supongan el mismo grado de importancia. Incluso coincidiendo el mismo comentario ello no quiere decir que haya sido el único motivo de otorgar o restar la puntuación. Pretender que se agoten el número de comentarios posibles y que se indique la puntuación que le corresponde conllevaría modificar el tipo de criterio y convertirlo en uno matemático.

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

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

desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado. Lo que expone el recurrente no deja de ser un juicio de valor subjetivo sobre el informe técnico, ni siquiera un juicio de valor sobre el contenido de las propuestas. No se puede pretender una correlación entre el número de líneas dedicadas a la motivación de la puntuación o en función del número de comentarios positivos o negativos de dicha motivación, pues se estaría obviando el contenido de los proyectos que es lo verdaderamente relevante y el objeto de la valoración. Todo ello, además, cuando solo se compara con la finalidad de excluir la oferta presentada por Babyteca, obviando el mismo principio de igualdad respecto de las otras ofertas o respecto del lote 3.

El hecho de que el proyecto finalmente adjudicatario haya superado “por la mínima” el umbral establecido para poder pasar a la siguiente fase de valoración de los criterios económicos no implica que el contrato deba adjudicarse a quien obtenga mejor puntuación solo en este criterio, pues el pliego establece un mínimo de puntuación y ha sido superado, considerando desde que se publicó el PCAP que con ese nivel era suficiente para continuar en la licitación. Al contrario también es posible que determinados licitadores no lo superen por la mínima y no por ello el procedimiento debió anularse. El límite marcado no admite excepciones “por la mínima” al alza ni a la baja. Las carencias de cualquier oferta no pueden determinar la exclusión de la oferta en su totalidad, por muy importantes que al juicio subjetivo de quien las aprecia, pueda parecerle para la parte educativa de la prestación del servicio. Más allá del concreto proyecto que se presente, salvo que la oferta sea explícitamente contraria al ordenamiento jurídico, en fase de ejecución deberá cumplir y atenerse a su cumplimiento. La no mención a determinados contenidos en el proyecto educativo, no implica ni si incumplimiento ni la exclusión de la oferta si en el conjunto de su contenido alcanza el umbral mínimo establecido en 25 puntos. Una vez superado el umbral se presume que la licitadora ofrece un nivel de calidad en el aspecto a valorar suficiente como para mantenerse en la licitación y prestar el servicio. También pudo ponerse otro nivel, pero en alguna cota debía marcarse el límite. No debe olvidarse que ninguna de las ofertas presentadas alcanza el total

posible de 50 puntos debido a que todas presentan alguna carencia respecto del documento tenido en cuenta como modelo para la valoración.

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

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.S.U., en su condición de Concejal y Portavoz del Grupo Municipal de Izquierda Unida del Ayuntamiento de Majadahonda, contra el Acuerdo de fecha 27 de junio de 2017, del Pleno de la Corporación por el que se adjudica el contrato “Concesión del servicio de Escuelas Infantiles Talín, Tamaral y Tacataca, de Majadahonda”, número de expediente: 83/2016 en cuanto se dirige contra el contenido del PCAP en relación a la composición de la comisión de valoración.

Segundo.- Desestimarlo por el resto de motivos.

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

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

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