

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

En Madrid, a 30 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Al Salir del Cole S.L., contra la Resolución de la Presidencia de la Mancomunidad de Servicios Sociales municipios THAM de fecha 25 de octubre de 2023, por la que se adjudica el contrato de servicios de “Actividades para los días no lectivos, días sin cole a desarrollar en los municipios integrantes de la mancomunidad de servicios sociales THAM”, número de expediente 1160/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 4 de septiembre, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 304.797 euros y su plazo de duración será de un año, prorrogable por otros tres años más.

A la presente licitación se presentaron 2 licitadores, entre los que se encuentra el recurrente.

Segundo.- Finalizado el plazo de presentación de ofertas establecido la mesa de contratación se reunió para proceder a la apertura de los sobres A, calificación de la documentación administrativa y apertura de los sobres B (criterios basados en juicios de valor).

Los 2 licitadores que presentaron sus ofertas, Educación, Naturaleza y Animación, S.L.U. y Al Salir del Cole, S.L. fueron admitidos definitivamente.

Tal como figuraba en el orden del día, el 20 de septiembre de 2023 se procedió a la apertura de los sobres B de los licitadores admitidos, cuyo contenido (proyecto técnico) fue trasladado al técnico encargado de su evaluación y valoración según criterios sometidos a juicios de valor recogidos en el PCAP y el pliego de prescripciones técnicas.

Tras la emisión del informe de valoración, el 9 de octubre de 2023 se celebró la sesión de la Mesa de Contratación para la valoración de los criterios evaluables mediante juicios de valor, la apertura y valoración de los Sobres C (criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas), la valoración total y la propuesta de adjudicación, cuya acta es publicada en el perfil del contratante el 10 de octubre de 2023.

Tras la publicación del acta, el representante de la entidad Al Salir del Cole, S.L. presenta el 11 de octubre de 2023 reclamación al acta de la mesa de contratación de fecha 09 de octubre de 2023 solicitando una nueva valoración de los proyectos técnicos y la valoración de la mejora de aportación de equipamiento y medios materiales.

Con fecha 25 de octubre de 2023, se dicta la Resolución 547/2023 de adjudicación del servicio de Actividades de los días no lectivos a desarrollar en los municipios integrantes de la Mancomunidad THAM que es notificada al día siguiente.

Tercero.- El 13 de noviembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Al salir del Cole S.L., en el que manifiesta su desacuerdo con las puntuaciones obtenidas por su oferta y en consecuencia solicita su revisión.

El 16 de noviembre de 2023, 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto 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, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 23 de noviembre, el adjudicatario comunica a este Tribunal que no va a formular alegación alguna.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“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 25 de octubre y notificado al día siguiente e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 13 de noviembre de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 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 se basa en la disconformidad de la puntuación obtenida por la oferta del recurrente. Esta disconformidad gravita en dos puntos; el primero de ellos refiere a la aportación de mejoras, valoradas mediante criterios no sujetos a juicio de valor y el segundo a la calificación de todos los criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor.

En lo que se refiere al primero de los motivos del recurso, debemos acudir inicialmente al PCAP para comprobar su redacción en cuanto a las mejoras como criterio de adjudicación.

“20. Criterios de adjudicación

1.2 Mejoras Hasta un máximo de 2,5 puntos.

- Mejora de la ratio (...)*
- Por la aportación de equipamiento y/o medios materiales para el desarrollo del programa, al margen de los requeridos en los pliegos y autorizados por el técnico responsable para cada actividad. Máximo 0,5 puntos.*

Para su valoración, los materiales deben estar cuantificados según presupuesto detallado:

- Hasta un valor de 300 €: 0,1 puntos.*
- Entre 401 € y 600 €: 0,2 puntos.*
- Más de 700 €: 0,5 puntos”.*

Considera el recurrente que no haber obtenido puntuación en el segundo apartado de mejoras, por no haber presentado un presupuesto detallado, no es admisible, basando su criterio en la imposibilidad de conocer qué elementos prefiere el órgano de contratación que se ofrezcan y esa determinación solo podrá hacerse tras la adjudicación.

Por su parte el órgano de contratación defiende su criterio con la mera aplicación textual del contenido del apartado 20 transcrito y la inexistencia de presupuesto detallado en la mejora propuesta.

Como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo

dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Por lo que desestima el recurso en base a este motivo.

Como segundo motivo de recurso, Al salir del cole, considera que la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, no es correcta.

Motiva dicha aseveración en que los dos proyectos presentados no distan tanto como para justificar una puntuación inferior en 41 puntos a la presentada por ella.

Elabora un cuadro comparativo entre ambas ofertas y su puntuación siguiendo el informe técnico elaborado al efecto con las siguientes conclusiones:

- Diseño y programación de las actividades y coherencia con los objetivos generales y específicos:
 - o La valoración es la misma salvo que el proyecto de Educación, Naturaleza y Animación relaciona los objetivos con los objetivos del THAM, los cuales no aparecen en ningún momento ni en el PPTP ni en el PCAP. La otra diferencia es que el planning es de gran calidad. Entendemos que el planning puede ser mejor, pero con la diferencia

de 0,6 puntos entre ambos proyectos, con solo esa diferencia es altísima y por lo tanto no es justa.

- Originalidad, innovación coherencia metodológica, protocolos, complementariedad educativa y lúdica de la programación.
 - o En este caso, ocurre lo mismo, la valoración es casi idéntica con la salvedad de que la metodología, según dice, es de alta calidad. El resto es todo igual. Volvemos a tener una diferencia de un 33% respecto de la valoración. Creemos que es una diferencia muy grande par a valoración que se ha hecho.
- Sistema de coordinación con la mancomunidad y memoria de actividades.
 - o La única diferencia es que no se propone un modelo de memoria para entregar a la THAM, el resto es todo igual (...).
- Efectiva inclusión de la perspectiva de género en el proyecto.
 - o No hay comentarios.
- Efectiva inclusión de la diversidad y el cuidado con el medio ambiente.
 - o La valoración es exactamente la misma. Las fichas de inscripción no las aporta la empresa, sino, que las aporta la THAM, por lo que no debería ser valorable (...). Por lo tanto en este aspecto la valoración debería ser la misma.
- Organización, preparación previa y formación del equipo de trabajo.
Recursos materiales.
 - o Creemos que la valoración es bastante similar, como para la diferencia que existe entre ambas puntuaciones. La única cosa distinta por parte de EDNYA, es que el personal es formado en su escuela. Cosa que no debería ser un extra, ya que en el caso de valorar eso sería excluyente para aquellas empresas que no tenemos escuela propia. En este caso, se debería contar la formación que se da a los monitores, la cual, Al salir de clase, aporta y se ha indicado en el proyecto
- Puntuaciones totales: Al salir del cole: 2,95; EDNYA 5 puntos. Diferencia 1,25 puntos.

El órgano de contratación manifiesta que: *“En relación con el hecho alegado de errores en la valoración de los proyectos técnicos de los dos licitadores presentados, para dicha valoración se aplican criterios de índole técnica respecto de cada uno de los criterios evaluables mediante juicios de valor especificados en el PCAP. La discrepancia del recurrente con la valoración ahonda en criterios de comparación que, a su entender, dejan en desventaja la valoración de su proyecto. Los argumentos esgrimidos en el recurso, no acreditan la existencia en la valoración de arbitrariedad, discriminación o error material, ni de aspectos formales de competencia o de procedimiento. El informe técnico de valoración de los criterios sometidos a juicios de valor descansa sobre cuestiones estrictamente técnicas que se enmarcan en la denominada discrecionalidad técnica de la Administración y contiene motivación suficiente y la puntuación dentro de los criterios fijados en el PCAP. Debe recordarse en este punto la consolidada doctrina establecida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales “(...) esas valoraciones, calificaciones y puntuaciones están revestidas de presunción de veracidad y acierto (...)” (Resolución 771/2022, de 23 de junio)”.*

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación la doctrina mantenida por el TACRC y que este Tribunal comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos. Sirva de ejemplo su Resolución 980/2019, 6 de septiembre, donde afirma *“En este punto, es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados (por todas, Resoluciones 618/2016, de 29 de julio, y 152/2017, de 10 de febrero).*

En este sentido, este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha analizado en diversas resoluciones la discrecionalidad técnica de la Administración, señalando que --cuando la Administración encarga a un órgano “ad hoc”, formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica,

del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute-- (Resolución 618/2014)".

Al principio de veracidad de los informes técnico tenemos que añadir el principio de la discrecionalidad técnica.

A la vista de las manifestaciones de la recurrente y del órgano de contratación debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta valoración del criterio.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, *"cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene un componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

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

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

En el presente caso, además, la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor fue previa, como corresponde, a la apertura de la mejora oferta económica, que ratifica que la oferta de la adjudicataria tiene una mayor calidad que la de la recurrente. Solo la oferta económica y mejora propuestas por esta hacen decantarse el resultado a una diferencia entre ofertas de 0,16 puntos.

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal “*arbitrariedad*” en el juicio técnico, en la valoración realizada a la oferta del adjudicatario, ni falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Por todo lo cual se desestima el recurso en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 Al Salir del Cole S.L., contra la Resolución de la Presidencia de la Mancomunidad de Servicios Sociales municipios THAM de fecha 25 de octubre de 2023, por la que se adjudica el contrato de servicios “Actividades para los días no lectivos, días sin cole a desarrollar en los municipios integrantes de la mancomunidad de servicios sociales THAM”, número de expediente 1160/2023.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.