

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

En Madrid, a 19 de diciembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Serveo Servicios S.A.U., contra el decreto del Concejal Presidente de la Junta de Distrito de Vicálvaro de fecha 6 de noviembre de 2024 por el que se adjudica el contrato de servicios de “Mantenimiento técnico integral de los equipamientos adscritos al distrito de Vicálvaro” número de expediente 300/2024/00266, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP, el día 21 de julio de 2024, 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 del contrato asciende a 5.656.214,64 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 8 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo. - Tras la tramitación del procedimiento de licitación, se produce un empate en la valoración de las ofertas de las empresas OHL S.A. y Serveo S.A.U.

La mesa de contratación solicita la documentación pertinente para deshacer el empate según las reglas establecidas en el artículo 147.2 de la LCSP

En aplicación de dichas reglas de desempate, resultó la primera clasificada OHL, la cual, previa entrega de la preceptiva documentación y resto de actuaciones que establece el artículo 150.2 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), fue propuesta como adjudicataria.

Con fecha 6 de noviembre de 2024, se decretó por el Concejal Presidente de la Junta de Distrito de Vicálvaro la adjudicación del contrato que nos ocupa, siendo notificado el acto al día siguiente.

Con fecha 7 de noviembre de 2024 Serveo solicitó al órgano de contratación acceso al expediente, lo que fue le concedido el 20 de noviembre, respetando las declaraciones de confidencialidad respecto a la documentación presentada, que en su momento oportuno determinaron los distintos licitadores.

Tercero. - El 27 de noviembre de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de Serveo en el que solicita el acceso total al expediente de licitación para poder fundamentar su recurso correctamente y acceso a las puntuaciones obtenidas en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor en la oferta de la adjudicataria.

El 2 de diciembre de 2024 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 en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 28 de noviembre de 2024 sobre el mantenimiento de la suspensión en los supuestos de recurso sobre los acuerdos de adjudicación

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 12 de diciembre OHL, presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución.

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 interpuso en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 6 de noviembre de 2024, notificado al día siguiente e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 27 de noviembre de 2024, 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, dos son los motivos en los que se basa el recurrente. Por un lado, en la declaración de confidencialidad de la documentación técnica aportada por la adjudicataria y que en consecuencia no ha podido acceder a ella a fin de fundamentar correctamente su recurso y en segundo lugar, en el desacuerdo con la puntuación otorgado a la propuesta de OHL en lo que se refiere a los criterios sujetos a juicio de valor.

En relación con el primer motivo de recurso, Serveo informa que ha solicitado acceso al expediente al órgano de contratación con fecha 7 de noviembre y se le dio vista el día 20 de noviembre, comprobando que entre la documentación puesta a su disposición no se encuentra la documentación técnica de la adjudicataria por haber sido declarada confidencial.

Manifiesta y fundamenta en diversas resoluciones de Tribunales de Contratación, que la confidencialidad no puede alcanzar toda la propuesta, por lo que inicialmente solicita que se revise la declaración de confidencialidad y en consecuencia se le de vista de todo el expediente.

A este motivo del recurso el órgano de contratación se opone por dos razones, la primera porque la declaración de confidencialidad no abarca toda la propuesta, sino parte de ella, que se circunscribe a la oferta técnica.

En segundo lugar, informa a este Tribunal que la recurrente también ha declarado confidencial la documentación técnica aportada en un 99,5%, liberando de esta condición solamente al subepígrafe 1.4.1, que supone un total de dos párrafos de la página 41. Invoca distintas resoluciones de tribunales de contratación a este respecto.

El adjudicatario en su escrito de alegaciones manifiesta apoyándose en numerosas resoluciones de distintos tribunales de contratación que, por un lado, el recurso se puede fundamentar perfectamente en base al informe técnico y por otro lado, que aquel que declara confidencial su proyecto, memoria o documentación técnica no puede pretender impedir que tenga tal carácter la documentación de otro licitador.

Este Tribunal mantiene un criterio continuo y unánime recogido en numerosas resoluciones, valga por todas la recientísima Resolución nº 163/2024, de 18 de abril que determina: *“Tal y como este Tribunal manifestó en su Resolución nº 60/2023 de 9 de febrero de 2023 “Por último informa al Tribunal que la UTE recurrente ha calificado toda su documentación como confidencial, por lo que en aplicación de la doctrina del Tribunal al que se dirige, Resolución 72/2018 del TACP de la Comunidad de Madrid de 7 de marzo, a saber : Sexto.- Solicita, en segundo lugar y de forma subsidiaria la recurrente, acceso al expediente administrativo al objeto de poder examinar la oferta de Omnium que ha sido declarada confidencial.*

El Tribunal comprueba que los documentos declarados confidenciales por Omnium, han sido igualmente declarados confidenciales por la recurrente por lo que en base al principio de reciprocidad y de igualdad de trato no procede dar acceso a los mismos puesto que han de tener igual tratamiento para ambas empresas. Tal y como establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1991, 16 de diciembre de 1991 y 5 de marzo de 1998, quien pretende para sí un determinado efecto jurídico derivado de la norma debe pretender lo mismo para los demás, siendo

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

Y concluye estableciendo que: *“Esta misma postura se mantiene en numerosas resoluciones y más recientemente en la Resolución 54/2024, de 15 de febrero.*

Por todo lo cual se deniega el levantamiento del secreto de la parte declarada como confidencial de la documentación presentada por TECMAN en la licitación que nos ocupa y en consecuencia no apreciándose la indefensión alegada se desestima el recurso contra la adjudicación por carecer de fundamentación”.

En el caso que nos ocupa se produce la misma situación jurídica, el recurrente pretende acceder a una documentación declarada confidencial, dudando de dicha calificación, cuando él mismo ha declarado confidencial la misma documentación respecto de su oferta. En consecuencia, se desestima el primer motivo de recurso y se deniega el acceso a la documentación requerida.

Como segundo motivo de recurso se plantea el incumplimiento de las pautas establecidas en el PCAP en cuanto a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

Manifiesta que según el apartado 19 del Anexo 1 del PCAP el criterio memoria descriptiva de la organización de los trabajos se define en los siguientes términos: *“El licitador presentará una memoria descriptiva de la organización de los trabajos en la que expondrá el procedimiento que propone llevar a cabo para programar y ejecutar las actuaciones descritas en el PPTP.*

Se valorará cualitativamente el contenido, grado de detalle y la coherencia de la organización y el plan de trabajo propuestos por el licitador. Los aspectos a valorar que se tendrán en cuenta son los siguientes:

- *Análisis de los equipamientos objeto del contrato, incluyendo necesidades de actuación particularizadas para los edificios e instalaciones incluidos en el contrato*
- *Organización que se pretende dar al servicio de acuerdo con las distintas operaciones recogidas en el PPTP, incluyendo justificación y desarrollo para todos los aspectos técnicos.*
- *Desarrollo y adecuación del organigrama de puestos de trabajo, sus relaciones entre ellos, así como sus funciones, cometidos y responsabilidades, que se compromete a establecer el licitador para cumplir la planificación propuesta.*

Este apartado será valorado asignando la mayor puntuación a la propuesta cualitativamente más destacada, siendo valoradas las restantes entre cero y la puntuación máxima de forma proporcional al contenido de aquella.”

Manifiesta Serveo que, según el informe técnico emitido sobre la calificación de estos criterios de adjudicación, en la memoria presentada por OHL no se indican las necesidades de actuación particularizadas para los edificios e instalaciones con un grado de detalle adecuado ni tampoco se indica nada para los nuevos equipamientos. Esta realidad desemboca en una valoración mayor que la que le correspondería a su propuesta.

A estas alegaciones se opone el órgano de contratación indicando: *“De conformidad con cuanto se expone en el Informe técnico de fecha 29 de noviembre de 2024, elaborado por el Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana del Distrito de Vicálvaro (adjunto como documento nº 2), en su alegación Cuarta, SERVEO manifiesta que el informe de criterios no valorables en cifras o porcentajes incumple*

los criterios de valoración recogidos en los pliegos y que, por tanto, “el acuerdo de adjudicación del Contrato adolece de nulidad”.

Para justificar su alegato, SERVEO expone que en el informe de valoración se indican algunas carencias de la oferta técnica de OHL en relación con los criterios “Memoria de descriptiva de la organización de los trabajos” y “Mejoras en mantenimiento”. Por tanto, según su razonamiento, en ningún caso OHL podría obtener la máxima valoración en ninguno de estos apartados.

Sin embargo, cabe señalar que los apartados 19.1.1 y 19.1.5 del Anexo I del PCAP del contrato regulan para la valoración de estos dos criterios lo siguiente: “Este apartado será valorado asignando la mayor puntuación a la propuesta cualitativamente más destacada, siendo valoradas las restantes entre cero y la puntuación máxima de forma proporcional al contenido de aquella.”

Por tanto, de acuerdo con los pliegos del contrato y contrariamente a lo afirmado por SERVEO, no se precisa que una oferta técnica sea perfecta para obtener la máxima puntuación en estos dos apartados, sino que sea la mejor o más destacada.

En el momento de su estudio y valoración y a la vista de las ofertas presentadas, tanto la oferta de OHL como la de SERVEO en estos apartados fueron consideradas las más destacadas, no siendo ninguna de ellas perfecta ni mejor que la otra en todos los aspectos considerados, siendo en su conjunto dos ofertas de similar calidad técnica, motivo por el cual se otorgó la máxima puntuación a ambas, no existiendo contradicción o incumplimiento de lo regulado en los pliegos que rigen la licitación.

En definitiva, habida cuenta de que el recurso se ciñe a la discrepancia en cuanto a la puntuación otorgada a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, contenida en el Informe del Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana, de 23 de septiembre de 2024 (documento nº 3), ha de prevalecer la discrecionalidad técnica de la Administración. (Invoca la doctrina de este Tribunal sobre la discrecionalidad técnica.)

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

Por su parte el adjudicatario en su escrito de alegaciones se adhiere a las manifestaciones efectuadas por el órgano de contratación, que indica que no existe error alguno en la valoración de la oferta y que ésta debe estar presidida y justificada por el principio de discrecionalidad técnica.

Vistas las alegaciones de las partes el Tribunal considera que debe valorarse el producto de acuerdo con la descripción del criterio de adjudicación recogido en el pliego, tal y como consta en la explicación publicada sobre su justificación.

Debe recordarse que 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.

Igualmente, las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

A la vista de las manifestaciones de la recurrente, del órgano de contratación y de la adjudicataria debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, cuál es la mejor memoria descriptiva, 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 una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda 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”.

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 una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la 139/2023 de 13 de abril (para justificar puntuaciones) Resoluciones n.º 435/2023 de 21 de diciembre, (para justificar cumplimiento de prescripciones).

En la misma línea interpretativa el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, ha delimitado más el ámbito de la discrecionalidad afirmando 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”*.

Más recientemente la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 897/2024 de 23 de mayo de 2024 (rec. 2999/2022) en línea con la STS de 25 de abril de 2024 ha considerado que la si la decisión de discrecionalidad técnica está insuficientemente motivada es suficiente para su admisión.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ya desde su sentencia 34/1995 estableció la discrecionalidad técnica como herramienta de la administración, de esa manera ha delimitado más el ámbito de la discrecionalidad afirmando 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 solo en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio técnico para el que se necesiten conocimientos especializados' tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa".

Si el informe técnico que valora los criterios de adjudicación está justificado, motivado y no es arbitrario, se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos; esa valoración, que se presume imparcial, no puede sustituirse por otra, y menos por la de uno de los postores.

Todos los tribunales administrativos de contratación asumen la doctrina de la discrecionalidad técnica tal y como aquí se ha manifestado, a modo de ejemplo podemos nombrar la Resolución 458/2022 de 22 de septiembre del TARCJA, la Resolución 1187/2022, de 6 de octubre del TACRC, la Resolución 20/2024 de 30 de octubre del OARCE, la Resolución 430/2024, de 20 de noviembre del TCCSP, la Resolución 25/2024 de 8 de marzo del TACPA, la Resolución 108/2024 del TRCCyL, la Resolución 78/2024 de 31 de mayo de TACGal y la Resolución 15/2023 de 18 de enero de TACP Canarias

En el presente caso, la valoración del órgano de contratación coincide con el sentido de las manifestaciones de la empresa adjudicataria que se consideran suficientemente detalladas.

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que el informe técnico elaborado 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 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.

En su virtud, previa deliberación, este Tribunal:

ACUERDA

Primero. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Serveo Servicios S.A.U., contra el decreto del Concejal Presidente de la Junta de Distrito de Vicálvaro de fecha 6 de noviembre de 2024 por la que se adjudica el contrato de servicios de “Mantenimiento técnico integral de los equipamientos adscritos al distrito de Vicálvaro” número de expediente 300/2024/00266

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

Tercero. - 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.