



Roj: **STSJ M 5458/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:5458**

Id Cendoj: **28079330032017100350**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **24/05/2017**

Nº de Recurso: **397/2016**

Nº de Resolución: **197/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2016/0007552

Recurso número 397/2016

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: TEFICAR S.A

Procurador: Don Eduardo Moya Gómez

Demandado: Ayuntamiento de Móstoles

Procuradora: Doña María José Bueno Ramírez

Demandado: La Auxiliar de Recaudación SLU

Procurador: Don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar

SENTENCIA nº 197

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 24 de mayo del año 2017, visto por la Sala el recurso arriba referido, interpuesto por el Procurador Don Eduardo Moya Gómez, actuando en representación de TEFICAR S.A., contra la Resolución nº 48/2016, de fecha 9 de marzo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que desestimó el recurso especial interpuesto por la recurrente contra la Resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles, de 7 de enero de 2016, por la que se adjudicó el contrato titulado "Procedimiento abierto para la actualización de la base de datos catastral y del padrón del impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana del Ayuntamiento de Móstoles, mediante la incorporación de los expedientes 902,903 y 904 y asistencia para la prestación del servicio de informatización de omisiones y resoluciones de recursos del catastro urbano de Móstoles" Expete . C/050/CON/2014-097 (S.A.R.A.).

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte, que expresa el parecer de la Sección.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

SEGUNDO. - Los demandados contestaron a la demanda exponiendo lo que estimaron oportuno, solicitando la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso.

TERCERO. - Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 24 de mayo del año 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Procurador Don Eduardo Moya Gómez, actuando en representación de TEFICAR S.A., interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución nº 48/2016 ,de fecha 9 de marzo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en lo sucesivo TACP) que desestimó el recurso especial interpuesto por la recurrente contra la Resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles, de 7 de enero de 2016, por la que se adjudicó el contrato titulado "Procedimiento abierto para la actualización de la base de datos catastral y del padrón del impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana del Ayuntamiento de Móstoles, mediante la incorporación de los expedientes 902,903 y 904 y asistencia para la prestación del servicio de informatización de omisiones y resoluciones de recursos del catastro urbano de Móstoles" Expete . C/050/CON/2014-097 (S.A.R.A.) e imponer a la empresa TEFICAR S.A. la multa prevista en el art. 47.5 del TRLCSP por importe de 1.000 euros por mala fe en la interposición del recurso.

SEGUNDO. - La recurrente solicita la estimación del recurso y la anulación de la Resolución del TACP recurrida y que se proceda a la adjudicación del contrato a su favor , alegando en fundamento del recurso:

1º.- Que las limitaciones que se le impusieron a la hora de acceder al expediente de contratación han venido a condicionar claramente la preparación del recurso especial ante el Tribunal Administrativo , por lo que no puede hablarse en absoluto de temeridad ó mala fé en la formulación del mismo, ni cabe la imposición de multa alguna por tal motivo.

2º.- Que la puntuación obtenida por la empresa adjudicataria del contrato en el Capítulo relativo a "Recursos técnicos del licitador" fue claramente arbitraria al no haber acreditado ser "propietaria" del software , tal como se refleja en el informe emitido en fecha 28 de abril de 2015 por la Dirección de Suelo y Nuevos Desarrollos (documento 26 del expediente administrativo) que evaluó las ofertas contenidas en el sobre nº 2 que puso de manifiesto que , frente a lo que ocurría con la adjudicataria , las únicas empresas "propietarias" del software que concurren al procedimiento de licitación fueron TEFICAR S.A., y la mercantil Servicios de Colaboración Integral.

Alega que el TACP en la Resolución recurrida ha obviado tal circunstancia puesta de manifestó en el informe técnico evaluador, optando por admitir de plano lo manifestado por la adjudicataria en la memoria técnica aportada al procedimiento de licitación en que manifiesta disponer de la propiedad del software FINCAT desarrollado y comercializado por SIGRAF S.L. así como de la capacidad de modificación del mismo, y disponer de las licencias de uso del programa nº 5784, 6035, 6036, 6037, 6038 y de la propiedad del software DiGigraf desarrollado y comercializado por SIGRAF S.L. y de la capacidad de modificación de este software y de las licencias de uso del programa nº 5170,5537,5726,5727,5730, manifestaciones que alega no están avaladas por documento alguno , confirmando la certificación que acompaña de la empresa SIGRAF S.L. lo contrario al resultar de la misma que la adjudicataria es únicamente propietaria de licencias de uso , siendo una mera usuaria del programa informático creado por SIGRAF S.L., pero no la propietaria del software que es lo que alega exige el Pliego al fijar los criterios de adjudicación del contrato , sin que la titularidad de las licencias otorgue la propiedad intelectual sobre el software que únicamente corresponde "al autor por el solo hecho de su creación" y sin que la cesión de uso de un software comporte en modo alguno la transmisión de su propiedad. A lo que añade que carece de capacidad para la modificación del software al no ser su titular, concluyendo que en el apartado "Recursos técnicos del licitador" apartado A2, la adjudicataria debió de obtener un 60% menos de la puntuación que obtuvo y en lugar de los 20 puntos recibidos haber obtenido 8 puntos como máximo, habiéndose producido una flagrante vulneración de las cláusulas del Pliego , que como es sabido son "la ley del contrato" y quebrado los principios elementales de la contratación pública , como son la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa , pues de haberse procedido correctamente a la puntuación de este apartado TEFICAR hubiese quedado en primer lugar y resultado la adjudicataria del contrato.



3º.- La valoración relativa al criterio "mejoras" atribuida a la empresa adjudicataria también fue arbitraria.

Alega que no dispuso de acceso completo al expediente administrativo en el momento de formular el recurso especial, no habiendo podido, en concreto, examinar la oferta presentada por la adjudicataria y que a la vista de la documentación que ha podido examinar en vía jurisdiccional al dársele traslado del expediente administrativo, formula un nuevo motivo de impugnación que en vía administrativa fue imposible de apreciar y que consiste en que la adjudicataria no tenía derecho a obtener los 5 puntos que obtuvo por mejoras de licencias "ilimitadas" que le fueron atribuidos ya que solo tiene dos licencias de la aplicación VISIG y como mucho podría ceder al Ayuntamiento esas dos quedándose sin ninguna otra para prestar el servicio contratado.

4º.- Finalmente, alega que fue arbitraria la puntuación obtenida por TEFICAR S.A. en el apartado "Metodología del Trabajo" alegando que el técnico municipal en el informe de valoración de ofertas del sobre 2 (folio 95EA) desglosó de forma arbitraria el contenido global a valorar en una serie de epígrafes, realizando una redistribución arbitraria y errónea en su informe de valoración, ya que no respeta ni el orden ni los apartados establecidos en el pliego de condiciones, en concreto en cuanto al apartado 1 " Descripción de procedimiento (tareas, subtareas, pasos) " alega que el técnico municipal utiliza criterios no indicados en la cláusula 14 del Pliego de Condiciones que entiende que no son "aspectos concretos" evaluables al no constar en dicha cláusula; discrepando en cualquier caso de las afirmaciones realizadas por el técnico municipal en su informe tales como que "carece de índice ó posición global explicativa" alegando que el índice de la "Metodología del Trabajo" de su oferta se encuentra en la página B.1. (pag. 467 EA) donde se especifica el número de páginas y el título de los apartados a desarrollar, sobre la "exposición global explicativa" entiende que podría responder el apartado titulado "Memoria" en donde se detalla el objeto del contrato, objeto de los trabajos, otros pliegos de prescripciones aplicables y una introducción a modo de presentación de la empresa (pág 460-465 EA), en relación a las observaciones "muy completa y extensa" y "difícil lectura dado el volumen del texto" alega que el Pliego no marca un número máximo de páginas para la Memoria, y que tales observaciones no constituyen un juicio de valor de la oferta conforme a los criterios evaluables.

En cuanto al apartado 2 "Análisis de la información aportada en expediente y tablas" manifiesta que su propuesta fue valorada como "suficiente y completo".

En cuanto al apartado 3 "Callejero-Actualización" el técnico expresa "recogido en la propuesta".

En cuanto al apartado 4 "Control interno - Validación" el informe técnico expresa "Recogido en la propuesta" " No define objetivos ni criterios de actuación ó rechazo %", alegando la recurrente que, de conformidad con el pliego en su cláusula 14, los objetivos y los criterios de actuación ó rechazo no es un requisito o un aspecto concreto a valorar de acuerdo con las indicaciones que figuran en el apartado de "Metodología del Trabajo"; respecto del apartado en concreto " Programa de validación interna de datos alfanuméricos y cartografía y control de los trabajos de campo", alega que se trata de un "programa de validación interna" que cruce datos gráficos y alfanuméricos, y que ajustándose a dicha cláusula 14 dentro de la "Metodología del Trabajo" y en concreto desarrollado en los puntos definidos con las letras "e" " H2 y "K", páginas B.30 de la oferta (pag.496EA) B.40 de la oferta (pag.506 EA) y B.78 de la oferta (pág. 546 EA), respectivamente, así como en la página B90 de la oferta (pág. 583 EA) sobre "Control de Calidad" donde se describe el control de calidad de los trabajos de campo exigidos expresamente así como de gabinete en función del tipo de trabajo que se contrate, requisito que ha cumplido así como los controles de validación que se realizan a lo largo de la descripción de tareas y subtareas, habiendo valorado el técnico municipal a otra empresa un modelo de IT (instrucción interna) que en su caso no parece haberse tenido en cuenta, adoleciendo, en definitiva, el informe emitido por el técnico evaluador de significativos errores a la hora de apreciar los contenidos de la Memoria por ella aportada, a lo que añade que los aspectos formales en que se basa el técnico evaluador nunca pueden servir de motivación a la puntuación atribuida a una oferta, pues cuando lo que se trata es de evaluar la " "Metodología del Trabajo" el único elemento a ponderar debe de ser el modo en el que está planteada la ejecución del contrato, no la mayor ó menor erudición en su explicación ó el agrado que ésta pueda suscitar en quien ha de valorarla, entendiéndose así desbordada la discrecionalidad técnica con la que ha actuado en este caso la Administración contratante, debiendo de haberse concedido a TEFICAR S.A. la puntuación máxima en este apartado de 20 puntos frente a los 17 con que fue puntuada.

TERCERO. - La mercantil "La Auxiliar de Recaudación SLU", opone, en primer lugar, en el escrito de contestación a la demanda, la falta de acreditación del acuerdo de interposición del recurso, lo que constituye causa de inadmisión del mismo, solicitando la declaración de inadmisibilidad del recurso y subsidiariamente su desestimación, al igual que el demandado Ayuntamiento de Móstoles, con fundamento en la existencia de desviación procesal entre los argumentos utilizados en esta vía por la recurrente y lo sostenido en vía administrativa ante el Tribunal de Contratos en relación con el motivo de impugnación relativo a la titularidad de los softwares y la capacidad para modificarlos, alegando que, en vía administrativa, la recurrente apeló a una supuesta arbitrariedad de la puntuación obtenida por la adjudicataria en concepto de "Recursos Técnicos"



arguyendo que en su objeto social no incluía , a partir de 2004, el desarrollo, mantenimiento y comercialización de programas informáticos , sin alegar que no tuviera ni la propiedad de los softwares ni la capacidad para modificarlos, por lo que ha optado por argumentos de impugnación diferentes en vía administrativa y jurisdiccional , planteando una cuestión no planteada ante el Tribunal de Contratación en vía administrativa, razonándose de forma subsidiaria que , en cualquier caso el motivo no podría prosperar porque La Auxiliar es propietaria de las licencias y dispone de facultades de aprovechamiento sobre las mismas aunque no las haya creado, así como de capacidad de modificación del software, alega asimismo que la puntuación obtenida en el apartado "Mejoras" es ajusta a derecho así como la obtenida por la Auxiliar en el apartado "Metodología de trabajo" sin que el informe técnico de valoración de ofertas haya vulnerado los criterios de valoración establecidos en el Pliego , existiendo desviación procesal en la formulación del motivo por TEFICAR S.A., invocando asimismo el Ayuntamiento de Móstoles la discrecionalidad administrativa en la valoración de criterios que obedecen a un juicio de valor.

CUARTO. - En un orden sistemático hemos de comenzar por examinar la causa de inadmisión del recurso opuesta por "La Auxiliar de Recaudación SLU", por cuanto que su estimación impediría un pronunciamiento sobre el fondo del recurso.

El artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa 29/1.998 determina la inadmisibilidad del recurso "que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada", disponiendo su artículo 45.2.d) que al escrito de interposición del recurso contencioso se acompañará "el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado", esto es, en el documento que acredite la representación del compareciente.

El Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado (Sentencias de 10 de Julio de 2.001 , 6 de Mayo de 2.003 , 5 de Junio de 2.003 , entre otras muchas) que existe una falta de la debida legitimación cuando no consta el acuerdo del órgano colegiado necesario para la interposición del recurso contencioso- administrativo, ya que tratándose del ejercicio de acciones de un órgano colectivo es preciso acreditar el oportuno acuerdo por el órgano que estatutariamente tiene encomendada dicha competencia, exigiéndose la aportación de los estatutos y del acuerdo social que legitimen la interposición del recurso. Por tanto, en los recursos promovidos por personas jurídicas, que representen intereses institucionales, se ha de acreditar mediante la aportación del documento correspondiente, es decir, los estatutos o reglas reguladoras pertinentes, que el órgano ha adoptado la decisión de recurrir y está facultado para ello; o dicho de otro modo, el demandante tiene la carga de acreditar su capacidad para ser parte y para la actuación procesal.

Conforme tiene asimismo declarado el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 16 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, Sección 5, recurso 5542/2008) la falta de ese requisito es subsanable, como resulta del artículo 45.3 de la LRJCA , expresando la mencionada Sentencia lo siguiente en relación a la subsanación : "*No obsta a la subsanación mencionada el hecho de que el Acuerdo adoptado por la entidad mercantil recurrente, de 3 de julio de 2007, sea posterior a la fecha de interposición del recurso, presentado el 31 de octubre de 2006, según consta en la documentación obrante. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 6 de marzo de 2007 (casación 4694/2004) al señalar: "En efecto, la falta de acreditación de haber sido adoptado por el órgano estatutariamente competente el acuerdo para la interposición del recurso es defecto subsanable, pudiendo incluso adoptarse después de la interposición del recurso. Así lo ha entendido esta Sala en su sentencia de 11 de noviembre de 2002 , añadiéndose en la de 10 de marzo de 2004 que:"<<También la jurisprudencia se ha pronunciado por admitir <<no sólo la subsanación de la falta del documento acreditativo del acuerdo de interponer acción, sino también la convalidación mediante acuerdo de ratificación por el órgano competente adoptado posteriormente>> (SSTS 8 de mayo de 1996 , 3 de febrero y 12 de noviembre de 1998); por otra parte (STS de 23 de mayo de 1997), analizando concretamente el requisito exigido por el artículo 57.2.d) LRJCA 56 se expresa que <<asimismo han de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el referido requisito es subsanable y puede ser subsanado, tanto en el aspecto relativo a la integración de la capacidad procesal como a la constatación de ella conforme al artículo 129 LRJCA 56 en segundo lugar>>; y, en fin (STS de 26 de noviembre de 2002), también se <<ha señalado incuestionablemente el carácter subsanable de su omisión y ha debilitado su trascendencia para evitar cuestionar su constitucionalidad (ATS 13 de octubre de 1986 y STS 11 de abril de 1990). Subsananabilidad no sólo retroactiva para acreditar que existió el acuerdo corporativo y dictamen previo, sino con carácter ratificadorio o convalidante, de tal modo que se permite su formal realización posterior, pues lo que se subsana no es la falta de acreditación sino la misma existencia del presupuesto, para hacer efectiva la tutela judicial y el espíritu que informa el artículo 129 LRJCA 56 que ha venido a extender a todas las jurisdicciones el artículo 11.2 LOPJ >>".*



Pues bien, en el caso presente, es hecho no controvertido y que resulta de los documentos aportados por la recurrente junto con el escrito de interposición del recurso, que la mercantil TEFICAR S.A. tiene encomendada su administración a un administrador único (a Don Fabio reelegido para dicho cargo por plazo de cinco años en la Junta General Extraordinaria de Accionistas celebrada el día 1 de mayo de 2012, acuerdo elevado a público) siendo a tal administrador único al que -según lo establecido en el art. 28 i) de los Estatutos de la Sociedad- corresponde la facultad de " Comparecer en toda clase de Juzgados y Tribunales de cualquier jurisdicción y ante toda clase de organismos públicos, en cualquier concepto y en toda clase de juicios y procedimientos, incluso arbitrales; interponer recursos, incluso de casación, revisión ó nulidad, ratificar escritos y desistir de las actuaciones ya directamente ó por medio de Abogados y Procuradores a los que podrá conferir los oportunos poderes ", habiendo aportado -tras requerimiento de la Letrada de la Administración de Justicia de fecha 21 de abril de 2016- acuerdo de dicho administrador único de interposición del presente recurso contencioso administrativo, por lo que no se aprecia falta de legitimación activa ni la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del recurso alegada por "La Auxiliar de Recaudación SLU".

QUINTO.- Antes de examinar los concretos motivos de impugnación en que la recurrente fundamenta el recurso y los motivos de oposición de las partes demandadas, hemos de examinar si es cierta la alegación realizada por la recurrente de que las limitaciones que se le impusieron en vía administrativa a la hora de acceder al expediente de contratación condicionaron la preparación del recurso especial ante el Tribunal Administrativo , por lo que , de un lado, según la recurrente, no podría hablarse de temeridad ó mala fé en la formulación de tal recurso, ni por tanto imponérsele la multa que el TACP le impuso por tal motivo , y por otro, estaría justificada la formulación de nuevos motivos de impugnación en esta vía jurisdiccional que no pudieron formularse en vía administrativa en el recurso especial en materia de contratación interpuesto ante el TACP.

La respuesta a tal cuestión - a la vista del expediente administrativo- ha de ser negativa.

Así, tal como razona asimismo la Resolución del TACP recurrida, de los folios 193 y ss del expediente administrativo, resulta que TEFICAR S.A. solicitó del Ayuntamiento de Móstoles , que al amparo de lo establecido en el art 35 a) de la LRJAPPAC, se le permitiera el acceso, vista y obtención de copias del expediente C/050/CON/2014-097 con la finalidad de presentar, en su caso, recurso especial en materia de contratación; resultando de los folios 196 y ss que en fecha 9 de febrero de 2015 compareció en el Departamento de Contratación del Ayuntamiento de Móstoles un autorizado de la empresa a fin de tomar vista del expediente facilitándose a su petición fotocopia de la documentación que en el mismo se relaciona, es cierto que entre tal documentación no figura que se entregara copia de la oferta de la adjudicataria pero ello no significa que la recurrente no tuviera acceso a ella ni que no la hubiera conocido en toda su extensión antes de formular el recurso especial en materia de contratación, no constando mención alguna a ello en la comparecencia mencionada ni habiéndose solicitado tras ella vista ni fotocopia alguna de ninguna otra documentación, por lo que no podemos apreciar que la recurrente sufriera de indefensión alguna al formular el recurso especial ni que no tuviera acceso al expediente completo, incluida la oferta de la adjudicataria y pudiera examinarla tomar notas de ella y que no pudiera fundamentar el recurso especial en todos los motivos de impugnación que considerara concurrían, ya que como expresa la Resolución recurrida si bien " *la obtención de copia de la oferta completa, puede resultar más cómoda a la recurrente a la hora de preparar su defensa, no es menos cierto que su falta no produce indefensión, en cuanto sí tuvo acceso al expediente, del que podría tomar notas , solicitar copias de documentos concretos, ó incluso obtener imágenes* ".

En consecuencia, no podemos aceptar ni tener por acreditado que la recurrente sufriera limitaciones al preparar el recurso especial por causa no imputable a ella misma ni que no hubiera podido formular la totalidad de sus motivos de impugnación del Acuerdo municipal en vía administrativa, lo que además, caso de no haber sido así, no conllevaría pudieran admitirse a la recurrente la formulación en vía contencioso administrativa de motivos nuevos no alegados en vía administrativa y sobre los que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, sino que determinaría la retroacción de las actuaciones al trámite de toma de vista del expediente administrativo y la nueva formulación del recurso especial ante el TACP, pretensión no ejercitada por la recurrente en el escrito de demanda en que se ha limitado a solicitar la anulación de la Resolución nº 48/2016 ,de fecha 9 de marzo de 2016 del TACP y que se proceda a la adjudicación del contrato a su favor .

SEXTO. - Sentado lo anterior, hemos de insistir en que el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa impide el planteamiento de cuestiones nuevas no alegadas en vía administrativa. Así el art. 33. 1 de la LJCA obliga a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición, y el 56.1 establece que " En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración" , siendo lo que la LJCA autoriza alegar cuantos motivos se tengan por conveniente , hayan sido ó no utilizados en vía administrativa ,



no permitiéndose el planteamiento de cuestiones nuevas distintas de las invocadas en vía administrativa y sobre las que no se pudo pronunciar la Administración; la distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que mientras que aquellos no pueden ser alterados en vía jurisdiccional, sí pueden adicionarse ó cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la pretensión ejercitada.

Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2005 de fecha 20/06/2005 que razona lo siguiente " En las SSTC 98/1992, de 22 de junio, FJ 3, y 160/2001, de 5 de julio, FJ 4, tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre supuestos parecidos al actual. Ambos los resolvimos siguiendo un mismo iter lógico que, por idénticas razones, hemos de repetir ahora. Parte nuestra doctrina del reconocimiento de la legitimidad de la interpretación judicial relativa al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y la doctrina de la inadmisibilidad de las cuestiones nuevas. Esa interpretación, que el Tribunal Supremo continúa aplicando tras la entrada en vigor del nuevo texto legal, asume una vinculación entre las pretensiones deducidas en vía judicial y las que se ejercieron frente a la Administración, que impide que puedan plantearse judicialmente cuestiones no suscitadas antes en vía administrativa. La distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que, mientras aquéllos no puedan ser alterados en vía jurisdiccional, sí pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la única pretensión ejercitada. De nuevo, pues, para determinar "si esta negativa del órgano judicial a resolver la referida cuestión de fondo es o no conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva debe previamente determinarse cuál ha sido la petición formulada ante la Administración y, una vez establecido esto, examinar si la pretensión procesal ejercitada ante la jurisdicción alteró sustancialmente los términos de aquella petición de manera tal que esa cuestión deba calificarse de 'nueva', por no haberse planteado previamente ante la Administración, impidiendo que ésta tuviera posibilidad real de pronunciarse sobre ella" (STC 98/1992, de 22 de junio, FJ 3)".

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2015 (RC 1866/2013)expresa lo siguiente:

«En definitiva, mientras las partes no pueden plantear ante la jurisdicción cuestiones nuevas no suscitadas en la vía administrativa, nada impide que puedan aducirse ante ella nuevos fundamentos jurídicos en apoyo de sus pretensiones (SSTS 23 mar. 1988, 12 jun. y 13 dic. 1989, 22 abr. 1991 y 26 mar. 1993, entre otras muchas). En este sentido, la STC 98/1992, de 22 jun, pone de relieve que admitir en vía Contencioso-Administrativa todo fundamento jurídico de la pretensión aunque no haya sido expuesto previamente ante la Administración, es una exigencia potenciada desde el plano constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva; lo importante y decisivo desde el punto de vista del pretendido carácter revisor de la Jurisdicción es que no haya variación sustancial de los hechos ni de la petición deducida ante la Administración

...Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial sobre la materia que nos ocupa, es claro que la parte demandante, a la hora de argumentar y justificar la incompatibilidad entre los signos enfrentados, puede esgrimir cuantas consideraciones jurídicas considere adecuadas en favor de su tesis, incluso aunque no hubieran sido aducidas en vía administrativa, pero lo que no puede hacer en ningún caso, ya en sede contencioso-administrativa, es alterar el sustrato fáctico, sustrayéndolo del marco tomado en consideración por la Administración».

En el caso presente, la recurrente, en vía administrativa, solicitó la nulidad, anulación ó revocación de la Resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles, de 7 de enero de 2016, por la que se adjudicó a "La Auxiliar de Recaudación SLU" el contrato, y la retroacción del procedimiento al momento anterior de la adjudicación para su adjudicación a TEFICAR S.A. por ser la oferta económicamente más ventajosa, alegando en síntesis que mercantil "La Auxiliar de Recaudación SLU" debió de quedar excluida de la licitación, tras la apertura del sobre 1 al resultar su objeto social absolutamente ajeno a la realización de los trabajos catastrales que constituían el objeto del contrato, por lo que carecía de la necesaria capacidad y solvencia técnica y profesional exigible; ser arbitraria la puntuación obtenida por la adjudicataria al no haber acreditado tener la propiedad del software ni justificar capacidad de modificación de éste por lo que no podía otorgársele válidamente el 20% y el 40%, respectivamente, de la puntuación máxima que le fue atribuida por dicho concepto ya que además, su objeto social no incluía, a partir de 2014 " El desarrollo, mantenimiento, y comercialización de programas informáticos ", cuestionándose asimismo la puntuación obtenida por la adjudicataria en el Capítulo relativo a "Recursos humanos del licitador" ya que dado su objeto social, difícilmente podía contar con un número de trabajadores adicionales, a los cuatro mínimos exigidos, con la experiencia exigida en el apartado 14 A3) del PCAP, alegando finalmente que la valoración del apartado relativo a "Metodología de Trabajo" propuesta por TEFICAR SA resultaba manifiestamente arbitraria al no entenderse que habiendo sido la empresa que resultó adjudicataria en los diversos concursos celebrados en el Ayuntamiento en años

anteriores, haya obtenido tan baja puntuación pese a haber ejecutado todos y cada uno de los trabajos previos a plena satisfacción de la Administración Pública contratante.

Comparados tales motivos de impugnación con los alegados en el recurso contencioso administrativo vemos que el primero se abandona, el segundo se mantiene (valoración arbitraria de los "Recursos técnicos del licitador" por no haber acreditado la adjudicataria ser "propietaria" del software ni justificar su capacidad de modificación), el tercero relativo a los "Recursos humanos del licitador" se abandona y se sustituye por otro motivo completamente nuevo relativo a la valoración relativa al criterio "mejoras" atribuida a la empresa adjudicataria y el cuarto relativo a la arbitraria puntuación obtenida por TEFICAR S.A. en el apartado "Metodología del Trabajo" al menos nominalmente se mantiene.

En consecuencia, la Sala no va a entrar a enjuiciar el motivo de impugnación formulado como tercero de la demanda, consistente en que la valoración relativa al criterio "mejoras" atribuida a la empresa adjudicataria es arbitrario porque es un motivo de impugnación completamente nuevo no alegado en vía administrativa y sobre el que el TACP no tuvo ocasión de pronunciarse.

SEPTIMO. - La recurrente alega en el escrito de demanda que la puntuación obtenida por la empresa adjudicataria del contrato en el Capítulo relativo a "Recursos técnicos del licitador" fue claramente arbitraria al no haber acreditado ser "propietaria" del software , siendo únicamente propietaria de licencias de uso , y mera usuaria del programa informático creado por SIGRAF S.L., pero no la propietaria del software que es lo que alega exige el Pliego al fijar los criterios de adjudicación del contrato , careciendo asimismo de capacidad para la modificación del software al no ser su titular.

En una interpretación favorable al derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente entraremos a analizar el motivo por cuanto que si bien es cierto que ha sido planteado con mayor extensión en esta vía jurisdiccional , también en vía administrativa la recurrente cuestionó la puntuación otorgada a la adjudicataria al no ser posible que pudiera llevar a cabo modificaciones en los programas si se producía durante la vigencia del contrato alguna novedad legal dado que no eran de su propiedad y no acreditó ser una de *las empresas que tengan propiedad del software* , tal como se exigía en los Pliegos .

Para la correcta resolución del motivo hemos de partir de que el PCAP que rigió la adjudicación señalaba en su apartado 14 dos tipos de criterios de valoración de los licitadores : los basados en la aplicación de una fórmula (apartado 14 A) y los basados en un juicio de valor (apartado 14 B), incluyéndose entre los primeros la "Oferta Económica", los "Recursos Técnicos del licitador" los "Recursos Humanos del licitador" y las "Mejoras" pudiéndose obtener un máximo de 30, 20,10 y 15 puntos respectivamente, incluyéndose en el segundo la "Metodología de trabajo" pudiendo obtenerse un máximo de 20 puntos.

En relación con los "Recursos Técnicos del licitador" el PCAP disponía lo siguiente :

" En este apartado se asignará la puntuación correspondiente, de acuerdo con la ponderación que a continuación se describe :

A.2.1. Software para el tratamiento, transformación y validación de los datos alfanuméricos en formato FIN y VARPAD (Máximo 10 puntos)

A.2.2. Software para el tratamiento, transformación y validación de los datos gráficos CU-1 en el formato FX CC-1 (Máximo 10 puntos)

Para la evaluación de los apartados anteriores habrán de tenerse en cuenta , a su vez, los criterios siguientes :

Empresas que tengan la propiedad del Software : 20% de la puntuación máxima en cada caso.

Justificación de capacidad de modificación del Software: 40 % de la puntuación máxima en cada caso.

Número de licencias de uso : hasta un máximo de cinco se asignará el 40 % de la puntuación máxima en cada apartado, siendo dicha asignación proporcional en caso de un número menor de licencias".

En relación a dicho apartado la adjudicataria declaró en su oferta que disponía en propiedad del Software FINCAT desarrollado y comercializado por SIGRAF S.L. así como de la capacidad de modificación del mismo, y disponer de las licencias de uso del programa nº 5784, 6035, 6036, 6037, 6038 y de la propiedad del software DiGigraf desarrollado y comercializado por SIGRAF S.L. y de la capacidad de modificación de este software y de las licencias de uso del programa nº 5170,5537,5726,5727,5730, adjuntando un certificado de 23 de marzo de 2015 de SIGRAF S.L. en que se expresaba que "Auxiliar de Recaudación SL " era propietaria actualmente de cinco licencias de uso de la aplicación DiGigraf-CU1 desarrollada y comercializada por SIGRAF S.L. para la digitalización y dibujo de croquis catastrales CC (croquis de plantas CU-1) conforme a normas de la DG de Catastro (FXCC) licencias 5170,5537,5726,5727,5730, así como de cinco licencias de uso de la aplicación FINCAT, desarrollada y comercializada por SIGRAF S.L. para el mantenimiento y gestión de los datos



catastrales para bienes inmuebles urbanos y rústicos y de características especiales, conforme a las normas de la DG de Catastro (FIN y VARPAD) (licencias nº 5784, 6035, 6036, 6037, 6038), así como que actualmente se mantiene en vigor un acuerdo de mantenimiento y asesoría respecto a la utilización de dichas licencias, acuerdo que incluye la realización de las modificaciones necesarias en las aplicaciones para ajustarse a los cambios que se produzcan en la normativa de la DG de Catastro.

La recurrente considera que pese a ello "la Auxiliar de Recaudación" no debió de obtener los 20 puntos concedidos por este criterio al no ser la propietaria del software (que es lo que alega exige el Pliego al fijar los criterios de adjudicación del contrato) sino únicamente propietaria de licencias de uso del software creado por SIGRAF S.L. careciendo de capacidad para la modificación del software al no ser su titular.

El motivo no puede prosperar. El PCAP no exige para la valoración del criterio que el licitador sea el creador del software, lo que evidentemente es innecesario para que el adjudicatario pueda cumplir el contrato ; pudiendo y debiendo de interpretarse la mención a "*Empresas que tengan la propiedad del Software*" realizada por el Pliego - como hizo la Administración- como sinónimo de empresas que tengan la titularidad de las licencias, ya fueran sus creadores originales ó ya las hubieran adquirido por cualquier título válido en Derecho , siempre que tengan las facultades y derechos de aprovechamiento sobre el software para cumplir con las prestaciones exigidas por el contrato, siendo así que en el caso presente está acreditado que la adjudicataria era propietaria de cinco licencias de uso de la aplicación DiGigraf-CU1 desarrollada y comercializada por SIGRAF S.L. para la digitalización y dibujo de croquis catastrales CC (croquis de plantas CU-1) conforme a normas de la DG de Catastro (FXCC) licencias 5170,5537,5726,5727,5730, así como de cinco licencias de uso de la aplicación FINCAT, desarrollada y comercializada por SIGRAF S.L. para el mantenimiento y gestión de los datos catastrales para bienes inmuebles urbanos y rústicos y de características especiales, conforme a las normas de la DG de Catastro (FIN y VARPAD) (licencias nº 5784, 6035, 6036, 6037, 6038), manteniendo asimismo en vigor un acuerdo con SIGRAF S.L. ,creadora del software, que incluía la realización de las modificaciones necesarias en las aplicaciones para ajustarse a los cambios que se produjeran en la normativa de la DG de Catastro por lo que también justificaba la capacidad de modificación del Software y podía ser valorada por dicho criterio.

OCTAVO.- La recurrente cuestiona en el último motivo de impugnación la puntuación que se le otorgó en el apartado "Metodología del Trabajo" por las razones que hemos expuesto en el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia.

El motivo fue alegado en vía administrativa y se fundamentó en el hecho de que al ser la empresa que había venido ejecutando el mencionado servicio en el Ayuntamiento de Móstoles desde el año 2004 habiendo participado en diversos procedimientos de licitación con idéntico objeto y con la misma base metodológica de trabajo , habiendo ejecutado las tareas a plena satisfacción del Ayuntamiento carecía de sentido que hubiera obtenido en el criterio "Metodología del Trabajo" tan solo 17 puntos frente a los 19 asignados a la mercantil adjudicataria , a lo que añadía que en el Informe Técnico de Valoración de ofertas elaborado por la Dirección General del Suelo se ponía de manifiesto que las ofertas se diferenciaban básicamente no en el contenido sino en el modo de exposición y explicación y en el control de trabajo ofertado, llamando la atención que el técnico exprese en el apartado "Descripción de Procedimientos" que es de difícil lectura dado el volumen del texto , alegando que el mayor ó menor trabajo que le haya llevado a un técnico valorar un documento porque sea muy extenso no puede suponer en ningún caso una valoración negativa , que en relación al autocontrol interno TEFICAR en su aplicación " Programa de validaciones " especifica las comprobaciones internas y la comprobación obligatoria el pasar de unas tareas a las siguientes , buscando obviamente el 100 % de expedientes sin errores, alegando ser incierto que carezca de índice ó posición global explicativa , obrando en las páginas 0,0 hasta la 0,5 la Memoria donde se describe el objeto del contrato el objeto de los trabajos, otros pliegos a aplicar, introducción, impuesto sobre bienes inmuebles y garantías de la empresa, personal y método de trabajo, en los que realiza un enfoque global de la empresa respecto de los trabajos a realizar, existiendo en la pág B1 un índice del global de la oferta presentada , concluyendo en que la Administración contratante en la valoración del criterio "Metodología del Trabajo" ha desbordado la discrecionalidad técnica.

Basta comparar los motivos en que se fundamentó la discrepancia con la valoración del criterio en vía administrativa y en esta vía jurisdiccional para apreciar que únicamente coinciden en una pequeña parte y que por tanto en esta vía el motivo de impugnación se ha fundamentado en hechos nuevos que no se alegaron ante el TACP y que por lo tanto no pudo examinar, siendo así que el objeto del recurso contencioso administrativo es la Resolución del TACP y la prosperabilidad del mismo pasa por acreditar que dicha resolución no es conforme a derecho lo que mal puede suceder cuando se plantean cuestiones nuevas que no pudieron ser examinadas por dicho Tribunal, por lo que tales cuestiones nuevas no serán examinadas por la Sala.

En relación a las alegaciones realizadas en vía administrativa compartimos los razonamientos de la resolución recurrida que expresa que en la valoración de los criterios que obedecen a un juicio de valor , opera la



discrecionalidad administrativa en cuanto a la apreciación de los elementos que dan valor a la oferta, discrecionalidad que encuentra sus límites en la arbitrariedad, falta de motivación ó de racionalidad en la valoración, y que la recurrente no podía pretender que su condición de anterior licitadora la colocase en mejor situación de partida respecto de sus adversarias en la licitación.

Efectivamente, hemos de tener en cuenta que gozando las mesas de contratación y la Administración de una cierta discrecionalidad en la valoración de los distintos criterios establecidos en las Bases de los concursos, en atención a la finalidad pública que cumplen, y a la presunción de acierto que ha de otorgarse a los informes técnicos municipales en la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor en atención a su especialización y objetividad existe una presunción iuris tantum de certeza y razonabilidad de su actuación, apoyada en la especialización e imparcialidad de tales órganos, de modo que sólo en el caso de que se demuestre la voluntad viciada del órgano (desviación de poder) o la existencia de errores palmarios y groseros, podrían anularse sus decisiones en lo que tienen de discrecionales.

En el caso presente la recurrente no acredita ni la existencia de arbitrariedad, ni de desviación de poder ni de errores palmarios y groseros en el informe técnico emitido en fecha 28 de abril de 2015 por la Dirección General de Suelo y Nuevos Desarrollos el Ayuntamiento de Móstoles sobre la valoración de su oferta en el criterio "Metodología de trabajo", limitándose a discrepar del mismo.

La cláusula 14 apartado b) del PCAP estaba referida a la "Metodología de trabajo" disponiendo: " En este apartado se asignarán un máximo de 20 puntos, atendiendo a la descripción detallada del procedimiento de elaboración del producto, con indicación de las tareas, subtareas y pasos en los que este procedimiento se estructura. Análisis de la información aportada en el expediente para la determinación de las superficies de los diferentes elementos constructivos, contrarrestándolas con las superficies de la finca que ya figuran en el catastro y preparación de la información obtenida para la realización de los croquis catastrarles en formato FXCC y formato de la hoja de grabación . Esta descripción incluirá aspectos concretos en función del tipo de trabajo que se contrate, tales como :

-tablas de conversión de referencias catastrales de rústica a urbana ó nuevas referencias de inmuebles urbanos,

-Actualización del callejero y números de policía de las zonas tratadas

-Programa de validación interna de datos alfanuméricos y cartografía y control de los trabajos de campo.

No es cierto que el técnico municipal en el informe de valoración de ofertas del sobre 2 (folio 95EA) desglosara de forma arbitraria el contenido global a valorar en una serie de epígrafes , realizando una redistribución arbitraria y errónea en su informe de valoración, sin respetar ni el orden ni los apartados establecidos en el pliego de condiciones , ya que la distribución del contenido global a valorar realizado por el técnico en . 1.- descripción del procedimiento (tareas, subtareas y pasos) 2.- análisis de la información aportada en el expediente y tablas, 3.-callejero-actualización y 4.- control interno-validación , coincide con los aspectos a valorar establecidos en la cláusula 14 apartado b) del PCAP.

Por lo demás , el informe técnico pormenoriza el contenido del documento presentado por cada licitadora referido a la "Metodología de trabajo" , expresando en la "valoración de ofertas" que las cuatro ofertas recogían pormenorizadamente el proceso y la metodología (tareas, subtareas y pasos) diferenciándose básicamente no en el contenido sino en el modo de exposición y explicación y en el control del trabajo ofertado (autocontrol) considerando mejor la oferta de la adjudicataria que la de la recurrente, por lo que a la primera le otorgó 19 puntos y a la segunda 17, expresando el informe distintas notas diferenciadoras tales como en la Descripción del procedimiento (tareas, subtareas, pasos) que en el caso de la adjudicataria se considera completo y extenso, de fácil lectura, muy didáctico, explicación pormenorizada , proceso muy definido, presenta tiempos y etapas y en el de la recurrente que carece de índice ó posición global explicativa , muy completa y extensa, difícil lectura dado el volumen del texto , por lo que en consecuencia considera mejor ó valorable con mayor puntuación la descripción del procedimiento realizada por la adjudicataria no solo por la difícil lectura ó volumen del texto de la adjudicataria sino por considerar la descripción del procedimiento por ella realizada más completa, extensa, de fácil lectura, muy didáctico, pormenorizada , muy definida, y en definitiva, mejor que la de la recurrente, debiendo de tenerse en cuenta que según la cláusula 14 apartado b) del PCAP que transcribimos la puntuación se otorgada atendiendo a "la descripción detallada del procedimiento " por lo que una descripción mejor ó más detallada debía de obtener mayor puntuación y sin apreciamos que el índice a que la recurrente se refiere obrante en la página B.1. (pag. 467 EA) sea similar al presentado por la adjudicataria ; el informe técnico expresa asimismo, en cuanto al "Control interno-validación" , que la oferta de la adjudicataria define objetivos y criterios de valoración y rechazo, es conforme a las Normas UNE-ISO, con instrucciones internas (IT) editadas, mientras que la de la recurrente no define objetivo ni criterios de actuación ó rechazo %, lo que tampoco fue desvirtuado por la recurrente que se limitó a manifestar en vía administrativa que los



criterios de actuación ó rechazo no han de ser fijados por las empresas sino que han de ajustarse a la normativa y a los criterios fijados por la Dirección General del Catastro.

En definitiva el informe técnico está razonado, ha motivado la puntuación otorgada y ha sido emitido dentro de la discrecionalidad técnica del órgano que ha de ser respetada no pudiendo examinar la Sala el núcleo de tal discrecionalidad técnica sino, como dijimos, si tal informe ha sido emitido vulnerando lo establecido en los Pliegos, está incurrido en arbitrariedad, discriminación ó incurre en errores palmarios y groseros, lo que no ha sido acreditado en el caso presente.

NOVENO. - Por todo lo razonado el recurso contencioso administrativo ha de ser desestimado.

Aunque carezcan de reflejo en el suplico de la demanda en el que ni siquiera se solicita de forma subsidiaria que se deje sin efecto la multa de 1.000 euros impuesta por el TACP en la Resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el art 47.5 del TRLCSP por haber actuado la recurrente con temeridad y mala fe en la interposición del recurso, tampoco pueden ser atendidas las alegaciones realizadas por la recurrente en torno a ello en el primer fundamento de derecho de la demanda en que la recurrente insiste en fueron la limitaciones que se le impusieron a la hora de acceder al expediente administrativo las que condicionaron la preparación del recurso especial, limitaciones que como ya hemos razonado no apreciamos existieran.

DECIMO. - De conformidad con lo establecido en el art. 139. 1 de la LJCA, la desestimación del recurso determina la condena en costas a la demandante, si bien como permite el apartado tercero del mismo precepto procede limitar su cuantía a 2.000 euros que se abonará por mitad a cada una de las partes demandadas.

VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Eduardo Moya Gómez, actuando en representación de TEFICAR S.A., contra la Resolución nº 48/2016, de fecha 9 de marzo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, a que esta "litis" se refiere, confirmamos dicha Resolución por ser ajustada a derecho, con expresa imposición de las costas a la parte demandante en los términos establecidos en el último fundamento jurídico de esta Sentencia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-85-0397-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569- 92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0397-16 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D^a. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.