

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

En Madrid, a 27 de abril de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal del Club Escuela Deportiva Moratalaz (en adelante El CLUB) contra el Decreto de 14 de marzo de 2023, adoptado por delegación por el Concejal-Presidente del Distrito de Moratalaz, por el que se adjudica el contrato de “concesión de servicios de las instalaciones deportivas básicas “Dehesa de Moratalaz” y “Lilí Álvarez” del Distrito de Moratalaz (2 lotes)”, en lo referente al lote 1, número de expediente 115/2021/02244, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 18 de agosto en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento restringido con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.906.254,17 de euros y su plazo de duración será de cinco años sin posibilidad de prórroga.

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 12 de septiembre de 2022 la Concejal-Presidente del Distrito de Moratalaz, en virtud de las competencias delegadas, acuerda excluir la proposición presentada por Prorion Innoval, S.L. (en adelante, PRORION), por no haber cumplimentado debidamente los requisitos mínimos exigidos para participar en los lotes 1 y 2 de la licitación.

El 17 de septiembre de 2022 PRORION interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión que es resuelto por este Tribunal mediante la Resolución 381/2022, de 29 de septiembre de 2022, acordando la retroacción del procedimiento para que se le requiera al recurrente la subsanación de la documentación.

En cumplimiento de dicha Resolución el órgano de contratación requiere de subsanación a PRORION que es efectuada correctamente por dicha entidad. Por ello, se cursa invitación a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, indicándole que el plazo de presentación de su oferta finalizaba el 27 de octubre. La oferta se presenta el 26 de octubre de 2022.

El 9 de noviembre de 2022 EL CLUB presenta recurso especial en materia de contratación, contra el Acuerdo del Presidente de la mesa de contratación, de 2 de noviembre de 2022, por el que se suspende la mesa de contratación de 3 noviembre. Mediante Resolución 443/2022, de 17 de noviembre de 2022, se desestima el recurso.

El 14 de marzo de 2023 se adjudica el lote 1 del contrato de referencia a PRORION.

Tercero.- El 5 de abril de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Club Escuela Deportiva Moratalaz, en el que solicita que se anule la adjudicación del lote 1.

El 14 de abril 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), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el lote 1 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 adjudicatario del lote 1, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que han sido presentadas en el plazo establecido. PRORION se opone a la estimación del recurso en similares términos que el órgano de contratación y señala que las cuestiones planteadas por el recurrente ya fueron resueltas por este Tribunal y que no se ha creado indefensión.

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 14 de marzo de 2023, practicada la notificación el 15, e interpuesto el recurso el 5 de abril, 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 concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurso de fundamenta en tres motivos:

1.- Considera el recurrente que el Decreto de 12 de septiembre de 2022 por el que se excluye a PRORION del procedimiento de licitación, anulado por este Tribunal mediante la Resolución 381/2022, de 29 de septiembre, fue conforme a Derecho porque el DEUC no es susceptible de subsanación (aclaración), aunque sí de corrección de error material. A estos efectos, es fundamental la pregunta que se formula en el DEUC en relación a si el operador que suscribe el documento participa con otros en el proceso contratación. En el presente supuesto ni PRORION ni Animás dicen que participen con otro en el procedimiento de contratación, por lo que considera que esta manifestación es totalmente vinculante y previa como requisito de validez de la constitución de la relación jurídica, a si concurre con financiación ajena o no.

Por lo que considera que procede la declaración de nulidad de la adjudicación y la exclusión de PRORIÓN.

Por su parte el órgano de contratación alega que el recurrente confunde la posibilidad de concurrir en un procedimiento de contratación en Unión Temporal de Empresas con la capacidad habilitada por la LCSP para acreditar la solvencia a través de medios externos correspondiente a otras empresas.

En efecto, en el DEUC presentado por la mercantil se contesta PRORION afirmativamente a la pregunta de *“¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?”*, hecho que habilita expresamente la ulterior capacidad de este licitador para la acreditación de su solvencia a través de medios externos, en este caso a través de SDI Grupo Animás S.L.

Vistas las posiciones de las partes, recordar que en nuestra Resolución 381/2022 se anulaba el acuerdo de exclusión de PRORION, ordenando la retroacción del procedimiento para que se le concediera plazo de subsanación.

Los motivos de exclusión eran:

“Primero.- Que la empresa PRORION INNOVA S.L. presenta, además de la documentación requerida, un segundo Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), correspondiente a una tercera empresa que no ha presentado solicitud de participación. La denominación de dicha mercantil es SDI GRUPO ANIMÁS SL con B-86028586.

No se indica por parte de la empresa PRORION INNOVA S.L. la intención de conforma una Unión Temporal de Empresas (UTE) con la mercantil SDI GRUPO ANIMÁS S.L. motivo por el cual el documento presentado por esta última se debe tener por no presentado.

Segundo.- Entrando a calificar la documentación correspondiente a la empresa PRORION INNOVA S.L., la mesa de contratación verifica que el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) no está debidamente cumplimentado al no responder al apartado en el que se debe indicar si el operador económico cumple con los criterios de selección requeridos. Tal incumplimiento se da tanto en el Lote 1 como en el Lote 2 de la licitación.”

La Resolución de este Tribunal analiza únicamente, como no puede ser de otra manera, los motivos por los que se excluye a PRORION. Por ello, este Tribunal ya no puede volver a revisar los mismos.

Como decíamos en nuestra Resolución 288/2020, de 28 de octubre *“Este Tribunal ha de señalar que contra la resolución dictada en un recurso especial en materia de contratación, solo cabe la interposición de recurso contencioso administrativo, como prevé el artículo 59.1 de la LCSP, como ha efectuado el recurrente sin que por tanto quepa ni sea admisible plantear este motivo de impugnación.*

Por lo expuesto admitir este motivo de impugnación, por los mismos motivos que ya fueron evaluados jurídicamente en su momento, o que pudieron haberlo sido si se hubiesen alegado, generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas. Por tanto, procede su desestimación por tener la consideración de cosa juzgada al haber sido resuelto por este Tribunal en su Resolución 511/2020 de 12 de diciembre”.

Ahora la entidad El CLUB alega que uno de los motivos por lo que tiene que excluir a PROPRION, no contemplado inicialmente en el acuerdo de exclusión, es que en el DEUC ni PRORION ni ANIMÁS dicen que participen con otros en el procedimiento de licitación.

A este respecto el PCAP dispone:

“Dentro del sobre de “Documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos”, los licitadores deberán incluir:

1.- Declaración responsable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 LCSP, cuyo modelo consiste en el documento europeo único de contratación (DEUC), aprobado a través del Reglamento (UE) nº 2016/7, de 5 de enero, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación.

(..)

4.- Uniones Temporales de Empresarios. En todos los supuestos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, cada empresa participante aportará la declaración responsable del apartado uno de esta cláusula y el Anexo VI al que se refiere el apartado 7 de esta cláusula. Adicionalmente a la declaración se aportará el compromiso de constituir la unión temporal por parte de los empresarios que sean parte de la misma de conformidad con lo exigido en el apartado 3 del artículo 69 LCSP, con una duración que será coincidente, al menos, con la del contrato hasta su extinción.

(...)”.

Revisado por este Tribunal el expediente de contratación, consta en el DEUC de PRORION y Grupo Animás que a la pregunta *“¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros?”,* ambos contestan que no.

Como señala el órgano de contratación, esta pregunta se refiere cuando un licitador participa con otro concurriendo en UTE, circunstancia que no se produce tal y como queda acreditado en el expediente. Lo que sí hace el adjudicatario es contestar afirmativamente a la pregunta de *“¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?”,* circunstancia que se ha constatado al presentar la documentación del 150.2. de la LCSP, al señalar que recurre a la solvencia de Grupo Animás.

En consecuencia, se desestima este motivo de recurso.

2.- Nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato por vulneración de las normas del procedimiento establecido y retroacción para todos los licitadores al momento inmediatamente anterior a la presentación de las ofertas técnicas y económicas para restablecer el equilibrio entre los licitadores pues se ha permitido presentar las ofertas técnicas y económicas después de otros en el tiempo.

Al respecto el órgano de contratación señala que dio debido cumplimiento a la Resolución 381/2022, de 29 de septiembre de 2022, de este Tribunal y que insiste el recurrente en el fondo del asunto que ya fue resuelto en la Resolución 443/2022, de 17 de noviembre.

Vistas las posiciones de las partes, señalar que, tal y como indica el órgano de contratación, lo controversia aquí planteada ya fue resuelta por la Resolución 443/2022 por lo que, de acuerdo a la doctrina citada anteriormente, no puede nuevamente a revisar dichos actos.

3. Procede la declaración de nulidad y retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la apertura del sobre C (propuestas económicas) para que la recurrente sea requerida de conformidad con lo establecido en el artículo 149.2 LCSP, al presentar una oferta anormalmente baja en cuanto al apartado inversión que ha recibido cero puntos, debido a que por error material se ha consignado tal cantidad en la oferta.

Es evidente que un proyecto técnico deportivo cuya solvencia ha sido calificada en el sobre B con la máxima puntuación 15 en ambos lotes (cinco por encima del adjudicatario PRORION), no puede mantenerse con una inversión de cero euros, por lo que, estando en el mismo caso que el error material requerido de subsanación a PRORION, procede declarar la nulidad y requerir a la recurrente para que formule alegaciones en relación a la oferta anormalmente baja.

Alega el órgano de contratación que la interrelación que sostiene el recurrente entre los distintos criterios de adjudicación carece de sustento jurídico y argumental, porque cada criterio valora aspectos técnicos-económicos disímiles así, el primero (solventía e integridad del proyecto de explotación presentado) valora la mayor garantía de permanencia en el tiempo del proyecto en base a su viabilidad técnico-económica y el fomento del deporte base. Este criterio exige una valoración motivada pero no automática, en el sentido de que requiere de un verdadero juicio de valor efectuado por los servicios técnicos del Distrito, y que se contiene en el informe valorativo que contiene el expediente.

Por el contrario, el segundo (incremento porcentual del importe mínimo de inversión) se trata de un criterio cuya valoración deriva de la automática aplicación de la fórmula valorativa contenida en el PCAP. Este criterio valora simple y llanamente el hecho de que el licitador oferte unas actuaciones de inversión (nueva o de reposición) por encima del mínimo previsto en el pliego de prescripciones técnicas (cláusula 15), que en el caso de este lote es de 2.655 euros anuales.

La debilidad argumental de la exposición del recurrente es fácilmente deducible si se atiende al hecho de que la máxima valoración de este criterio (15 puntos), se obtendría con la oferta suplementaria de 15.000 euros, cantidad que resulta manifiestamente insuficiente para argumentar, como se realiza por el recurrente, que de ella deriva la viabilidad o inviabilidad del proyecto deportivo completo; nótese al respecto que, tal y como determina el estudio de viabilidad económico – financiera y plan de explotación de las instalaciones deportivas Dehesa de Moratalaz y Lili Álvarez, los gastos anuales (primer ejercicio) imputables a este lote 1 (Dehesa de Moratalaz) son de 370.971,53 euros; es decir, que los 15.000 euros (que es el importe máximo a ofertar para obtener en este criterio la máxima puntuación) apenas supondría el 4% de los gastos. Este porcentaje iría, además, decreciendo hasta el 3,7% correspondiente al último ejercicio.

En atención a lo expuesto, solo puede concluirse que la finalidad de esta alegación, efectuada por el recurrente, es habilitar que se le conceda la oportunidad para ofertar en este criterio (incremento porcentual del importe mínimo de inversión) lo que no quiso efectuar en su oferta inicial (que fue de un incremento de cero euros), al objeto de que la re-evaluación permita obtener mayor puntuación que la que su oferta mereció en aplicación de los criterios valorativos del PCAP.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal no puede más que acoger lo manifestado por el órgano de contratación a lo que nos remitimos a los efectos de no ser reiterativos. Además, lo que pretende el recurrente es modificar su oferta, pues afecta a uno de los criterios de adjudicación, circunstancia totalmente proscrita.

Es doctrina consolidada, sentada entre otros en el Informe 5/1999, de 24 de noviembre, 4/2007 o 3/2009, de 10 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, que cuando se trate de errores que permitan a la Mesa conocer la oferta real, sin modificación de los conceptos de la misma, por un simple cálculo matemático, serían subsanables.

Respecto a la subsanación de las ofertas, el criterio del TACR, compartido por este Tribunal, puede resumirse en la Resolución 651/2018, de 6 de julio, que dispuso que: *“Pero, este principio antiformalista se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta. Así resulta de lo dispuesto por este Tribunal en diversas resoluciones, como son, entre otras, la Resolución número 831/2017, de 15 de septiembre de 2017, en la que se relaciona el principio antiformalista con un verdadero derecho de subsanación atribuible al licitador, pero solo respecto de defectos puramente formales de su proposición. Así, podemos leer allí lo siguiente (Fundamento de derecho sexto): “(...) derecho de subsanación que corresponde a ese licitador, so pena de infringir el*

principio “pro actione” que ha de presidir todo contrato público y de la aplicación en todo contrato de un criterio favorable a la admisión de las ofertas presentadas, lo que va en línea con una interpretación antiformalista del art. 151 del TRLCSP y del 81 de su Reglamento de desarrollo. Es decir, en un contrato público deben ser cumplidas unas exigencias de forma, que todo licitador asegure la aplicación al caso del principio de igualdad entre todos los licitadores que concurran a un contrato. Pero estas exigencias formales no deben ser tan estrictas que constituyan barreras de acceso a las licitaciones, haciendo que la falta de subsanación de una deficiencia formal, limite un derecho de los licitadores. Y todo ello, en el bien entendido de que se trate de una deficiencia meramente formal, esto es, en ningún caso este criterio antiformalista que se propugna puede atentar contra la acreditación de los requisitos más básicos de personalidad o representación de las empresas licitadoras, lo que ocurriría en casos como en los supuestos en que no se hubiera presentado la escritura de constitución de una sociedad, o la de apoderamiento de un representante, etc.”.

Además, también es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso, la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGLCAP, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo).

El recurrente pretende fundamentar su error al ofertar cero euros en inversión porque es incongruente con la puntuación otorgada al proyecto técnico. Como se ha expuesto anteriormente estos son criterios de adjudicación que no guardan relación entre sí, por lo que la subsanación pretendida por El CLUB implicaría una modificación de la oferta inadmisibles por la doctrina de los Tribunales de Contratación.

Tampoco existe vulneración del artículo 149.2 de la LCSP. A juicio de la recurrente su oferta es anormalmente baja, pero confunde el trámite de subsanación con el procedimiento contradictorio para justificar la viabilidad de la oferta. En este sentido, el Anexo I apartado 20 establece los criterios de adjudicación que permiten identificar que una oferta se considera anormal, establecido un único criterio, esto es, el canon ofertado al alza, no contemplando el criterio objeto de controversia. (incremento porcentual del importe mínimo de inversión a ejecutar anualmente según determina el pliego de prescripciones técnicas).

En consecuencia, se desestima esta pretensión.

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 del Club Escuela Deportiva Moratalaz contra el Decreto de 14 de marzo de 2023, adoptado por delegación por el Concejal-Presidente del Distrito de Moratalaz, por el que se adjudica el contrato de “concesión de servicios de las instalaciones deportivas básicas “Dehesa de Moratalaz” y “Lilí Álvarez” del Distrito de Moratalaz (2 lotes)”, en lo referente al lote 1.

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.