

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

En Madrid, a 27 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fandroid Entertainment, S.L.U. contra resolución de adjudicación a la oferta de la UTE RPM Racing S.L.U. - Team Randomk eSports, S.L., del lote 2 del procedimiento de “prestación de servicios para la puesta en marcha y gestión del campus del videojuego en Madrid, a adjudicar por procedimiento abierto”, del Ayuntamiento de Madrid, expediente 300/2021/00680, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 26 de abril de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del Ayuntamiento de Madrid con el objeto de la prestación de servicios para la puesta en marcha y gestión del campus del videojuego en Madrid.

El contrato, de servicios, tiene un valor estimado de 30.939.005,22 euros, estando dividido en cuatro lotes, incluyendo como lote 2 el diseño, programación y realización de programas, torneos y actividades relacionadas con los eSports,

desarrollo y gestión de zonas de entrenamiento eSports, con un valor estimado de 6.048.606,92 euros.

Segundo.- El 21 de julio de 2022 Fandroid Entertainment, S.L.U. presenta recurso especial en materia de contratación contra la admisión de la oferta de UTE RPM Racing S.L.U. - Team Randomk eSports, S.L., recurso que es inadmitido por Resolución 310/2022 de este Tribunal, de 11 de agosto, por no existir en el acto recurrido un acto expreso de admisión de la oferta.

Tercero.- El 20 de septiembre se publica la adjudicación del lote 2 a la UTE mencionada, que obtiene 84,62 puntos frente a los 67,5 de Fandroid Entertainment, S.L.U.

Cuarto.- El 11 de octubre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación, fundado en:

1. El número de eventos ofertados por la UTE ya se había desvelado con anterioridad a la apertura del sobre de criterios valorables en cifras o porcentajes (sobre 3), se había incluido en el sobre de criterios no valorables en cifras o porcentajes (sobre 2) .

2. Se considera que la Administración ha dispuesto de información determinante para la valoración del sobre de criterios valorables en cifras o porcentajes (sobre 3), en concreto la mejora consistente en el número de eventos, hasta el punto de poder identificar con antelación a la apertura del sobre la adjudicación de los 15 puntos.

3. De no estimarse la nulidad del procedimiento por estas causas, se ha otorgado puntuación por mejoras ofertadas por la UTE a pesar de que el pliego no lo preveía.

Quinto.- El 19 de octubre de 2022, 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 (en adelante, LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Sexto.- En 25 de octubre presenta alegaciones la UTE RPM Racing S.L.U. - Team Randomk eSports, S.L.

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 licitadora en el procedimiento, *“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), existiendo dos licitadores en el lote 2.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se encuentra dentro del plazo de quince días previsto por el artículo 50.1 de la LCSP, respecto del acto recurrido.

Cuarto.- El acto es recurrible de conformidad a los artículos 44.1 a) y 44.2.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta, en primer término, en la vulneración del secreto

de las proposiciones por haber incluido información del sobre 3 (criterios de cifras o porcentajes) en el sobre 2 (criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor).

Por lo que respecta a los criterios valorables en cifras o porcentajes, el pliego, en su anexo relativo al lote nº 2 define entre dichos criterios la “*Presentación de eventos adicionales a los que la cuantía máxima del presupuesto para esta partida permite anualmente*”. En relación con este criterio, exige el pliego que en las ofertas “*Deberá cumplimentarse el cuadro que se acompaña indicando el número de eventos adicionales que se ofertan con carácter anual en la tipología que corresponda*”. El pliego es rotundo en relación con la aportación de esta información: “*Esta información deberá incluirse en la oferta única y exclusivamente en el sobre en el que figuren los criterios cuantificables en cifras o porcentajes*”.

En el informe de valoración de los criterios evaluables mediante un juicio de valor, emitido por la Dirección General de Economía, publicado el 29 de junio de 2022 incluye dos datos de la máxima relevancia. Por una parte, se identifica que en el sobre 2 de la proposición de la UTE Racing S.L.U. - Team Randomk eSports, S.L. se incluye de forma precisa el número de eventos que se ofertan:

“*En total, la propuesta que se formula contiene 45 eventos para los años 2022 a 2025 y establece un calendario de celebración de dichos eventos. Se valora el trabajo de programación de todas las anualidades, considerando una propuesta muy adecuada y que proporciona valor añadido.*

Los 45 eventos ofertados se agrupan en las siguientes categorías: 12 competiciones; 19 concienciación; y 7 eventos profesionales”, página 23 del Informe”.

Por otra parte, el informe no sólo identifica que la UTE Racing S.L.U. - Team Randomk eSports, S.L. ha propuesto un número de competiciones muy superior al requerido en el pliego, sino que más allá, este número mejorado de competiciones es valorado positivamente, mereciendo la calificación de “*muy adecuada*” y la máxima puntuación (3 puntos) en la valoración del sobre 2:

“*se consideran los eventos muy bien programados y definidos, además de una propuesta en número bastante amplio de los mismos (45), por lo que la propuesta es*

muy adecuada y aporta valor añadido.", página 24 del Informe".

El número de eventos es uno de los criterios de valoración del sobre 3, con una puntuación máxima de 15 puntos, sobre un total de 51 puntos en la valoración del sobre 3, los mismos puntos que la oferta económica. A través de esta información del sobre 2 sabe la mesa que a la adjudicataria le correspondían los 15 puntos en el sobre 3, repercutiendo sobre la valoración del sobre 2. Fandroid Entertainment, S.L.U. no incluyó esta información en el sobre 2, solo el número de tipos de eventos. El adelanto de información del sobre 3 ha contaminado de forma relevante la valoración de los criterios cualitativos, dando lugar a la nulidad del procedimiento, según la doctrina contractual.

Contesta el órgano de contratación, que los eventos del sobre 2 y los del 3 son de distinta naturaleza. En el sobre de criterios no valorables en cifras o porcentajes se valoran tipos de eventos que podrán ser o no seleccionados por el órgano de contratación para su ejecución, siguiendo las especificaciones del Anexo VI del pliego, y en el sobre de criterios valorables en cifras o porcentajes se valora el número de eventos adicionales a la cuantía máxima del presupuesto anual previsto, a ejecutar de forma gratuita y obligatoria por el adjudicatario del contrato. Los eventos del sobre 2 son solo una propuesta no vinculante del tipo de eventos que puede abordar el licitador, dando cuenta de su capacidad organizativa, siguiendo en esto el pliego un diseño abierto conforme a la constante mutabilidad del objeto del contrato.

En el sobre 3 Fandroid Entertainment, S.L.U. oferta un solo evento sin cargo al año de tipo competición y tamaño M y obtiene 15 puntos. La UTE Racing S.L.U.-Team Randomik eSports S.L. presenta 10 eventos sin cargo al año de distintas tipologías y tallajes y obtiene también 15 puntos.

Alega el adjudicatario que el recurrente realiza una interpretación retorcida y del todo interesada, entre lo establecido en la oferta económica y el planteamiento realizado por el adjudicatario en el apartado de eventos de su propuesta técnica, cuando ambos aspectos no guardan relación, en el sentido de que lo manifestado en

la oferta técnica, sobre 2, es información acorde a lo requerido en el pliego técnico, tanto para la configuración de los eventos como para la argumentación que la UTE realiza de la defensa de sus capacidades para la ejecución del objeto del contrato, y ello no arroja información alguna sobre la oferta económica que se contiene en el sobre 3, que en el apartado que nos ocupa, relativo a los eventos adicionales, tal y como muestra con la tabla de la misma. El diseño de la tabla y la oferta de eventos adicionales ofertada por la UTE, nada tiene que ver con la oferta técnica, ni sus numerosas variables permitirían conocer la puntuación ni mucho menos la exposición del sobre técnico guarda relación con ella, por mucho que insista en ello la recurrente. La recurrente pretende retorcer la realidad para obtener por vía de recurso, una licitación en la que no ha obtenido el resultado que pretendía.

Comprueba este Tribunal que el apartado 16 (criterios de adjudicación) del Anexo I del lote 2, comprende entre los 49 puntos de los criterios no valorables en cifras o porcentajes, 5 puntos correspondientes a *“Desarrollo específico de las tipologías de eventos objeto de este lote”*, con estos criterios de valoración:

“Presentación del trabajo a desarrollar relativo a este eje de actuación, valorando la calidad e idoneidad de estos aspectos:

- *Definición de eventos innovadores con detalle suficiente para su valoración.*
Hasta un máximo de 3 puntos.
- *Alianzas con publishers de videojuegos que puedan realizar eventos en Madrid”.*

Y entre los criterios automáticos de adjudicación (51 puntos), figura, con un máximo de 15 puntos, *“Presentación de eventos adicionales a los que la cuantía máxima del presupuesto para esta partida permite anualmente. Hasta un máximo de 15 puntos”*. Debiéndose cumplimentar en el modelo de oferta un cuadro con diversas tipologías de eventos y distinta puntuación según ese tipo de evento (eventos divulgación, eventos competición, eventos profesionales, eventos promocionales). Fandroid Entertainment, S.L.U. solo presenta 1 evento adicional de 15 puntos y la UTE 10 de distinta puntuación, obteniendo también 15 puntos.

A la vista de esta documentación, en su oferta y sobre el acta de la mesa que transcribe Fandroid Entertainment, S.L.U., la UTE RPM Racing S.L.U. - Team Randomk eSport S.L. no adelanta información alguna del sobre 3 en el sobre 2, pues además de referir a distintos tipos de eventos, los 45 de la valoración del sobre 2 no pueden coincidir con los 10 del sobre 3, los 10 adicionales por los que recibe 15 puntos. Con la reseña de 45 eventos del sobre 2, no sabe la mesa que le corresponden los 15 puntos del sobre 3, que no se dan por número de eventos, sino por número de eventos adicionales de cada categoría multiplicado por la puntuación que corresponde a la misma, información que solo se contiene en ese sobre 3.

Según el propio recurrente este conocimiento le llevó a tener al recurrido la máxima puntuación en el sobre 2, 3 puntos (textualmente, “mereciendo la calificación de “muy adecuada” y la máxima puntuación (3 puntos) en la valoración del Sobre 2”), cuando el total real a repartir por criterios de valor era de 49 puntos (sobre 2) , habiendo obtenido en este epígrafe 1 punto el recurrente.

Al margen de los extractos interesados del recurrente sobre el informe técnico, acudiendo al mismo se advierte que el número de eventos no guarda relación con la calificación del epígrafe 5.4 de los criterios de juicio de valor, pues, según consta, el subcriterio la “definición de eventos innovadores con detalle suficiente para su valoración” (hasta un máximo de 3 puntos) “persigue conocer la capacidad de programación del licitador, sin que ello implique que la programación ofertada sea vinculante para el Ayuntamiento de Madrid”. Y lo que se valora con 3 puntos es que “la oferta contiene una descripción muy detallada y concreta de cada uno de los eventos, sus contenidos, su alcance y el formato a utilizar. También incluye el público objetivo, cuál será la dinámica y cómo se amplificará el evento, si existe un reto, etc. Por tanto, se consideran los eventos muy bien programados y definidos, además de una propuesta en número bastante amplio de los mismos (45), por lo que la propuesta es muy adecuada y aporta valor añadido”. No se valora el número, sino la programación.

La argumentación de Fandroid Entertainment, S.L.U. conduciría a su propia

exclusión, pues según el informe habría adelantado el número de eventos adicionales del sobre 3, pues dice de esta empresa “*que se formula un detallado programa para 20 eventos, con el público al que se dirige, programa, difusión,..resultando*”. No describe la recurrente solo tipologías, sino número de eventos. Sin embargo, solo presentó en el sobre 3 un evento adicional, eso sí, de categoría especial. Tampoco adelantó nada.

Proceder desestimar este motivo: no se ha adelantado en el sobre 2 información alguna del sobre 3. El epígrafe 5.4 de criterios de adjudicación subjetiva, cuya documentación se incluye en el sobre 2, valora la capacidad de programación de eventos no obligatorios. Y el epígrafe 2.3. de criterios automáticos, incluida su documentación en el sobre 3, valora con 15 puntos la oferta de eventos adicionales de diversas tipologías, que son de obligada realización y gratuitos para el Ayuntamiento, y no el número de eventos, como dice el recurrente. Además, y aunque ya no sea relevante, refiere el recurrente a una supuesta contaminación de 3 puntos sobre 49.

Subsidiariamente, afirma Fandroid Entertainment, S.L.U. que la adjudicataria realiza indebidamente oferta de mejoras en los subcriterios 1.1. y 6.1, mejoras no previstas en los pliegos, y que le son valoradas. Mejoras valoradas en 6 y 1 punto, según transcripción del informe de valoración de criterios subjetivos.

Concluye la existencia de una mejora de la siguiente frase del informe sobre la valoración de los criterios subjetivos:

Subcriterio 1.1. : “*Todo lo anterior, junto a la creación de una marca específica, hacen que la oferta amplie los requisitos del PPT considerándola muy adecuada y generando un valor añadido, en consecuencia se le asignan 6 puntos*”.

El criterio valorado es “*definición del modelo de Liga Municipal, describiendo tipo de juego, perfil de jugador, audiencia prevista, influencers, etc. Se valorará la solución propuesta que ofrezca garantías de éxito*”.

Informa el órgano de contratación, que “*no se han valorado mejoras sino el hecho de que esta propuesta ofrece una solución integral y global que se considera más completa y que ofrece una mayor probabilidad de éxito en la realización de la Liga (indicador recogido expresamente en el criterio de adjudicación del apartado 16 del Anexo I al PCAP), por lo cual se le asigna la máxima puntuación en este subcriterio*”. Seguidamente detalla la valoración y su ajuste a los criterios doctrinales sobre la evaluación de criterios de juicio de valor.

Manifiesta la UTE adjudicataria que no ha ofertado mejora alguna, sino una propuesta sujeta a juicio de valor, evaluable conforme a los parámetros de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, que no puede ser reemplazada por valoraciones jurídicas de los órganos de control.

A juicio de este Tribunal, Fandroid Entertainment, S.L.U. nuevamente extrae una frase descontextualizada del informe técnico para atribuir una consecuencia determinada: no hay seis puntos por ninguna mejora, que no está definida en los pliegos, sino una valoración de dos folios de todos los elementos del criterio de adjudicación, entre los que se incluye que “*finalmente, propone la creación de una marca específica: Madrid Esports Series*”, que es en lo que se centra Fandroid Entertainment, S.L.U. En concreto, se valoran de la oferta: dos Ligas Municipales con tres juegos cada una: La Liga Municipal (Open): FIFA + Clash Royale + Fortnite La Liga Municipal (Junior de Colegios): LoL + Rocket League Junior. También oferta una competición para juegos desarrollados por estudios de Madrid, al igual que dos paradas del Circuito Tormenta (LoL y Valorant). Y se valora con 6 puntos lo siguiente (“*todo lo anterior*” de la conclusión):

“*La realización del número de competiciones que se proponen supone multiplicar por siete el número que se marcaban en el pliego de condiciones. Esto hace que además de ser muy adecuada proporcione valor añadido.*

Es de destacar la competición que se plantea para fomentar los juegos desarrollados en Madrid, esta cuestión se considera muy adecuada y que proporciona valor añadido ya que promociona a los estudios madrileños, les aporta visibilidad, que se testen dichos productos y que sean conocidos por inversores que están

catalogando este tipo de juegos. Con ello, se cumple uno de los objetivos que tiene el Ayuntamiento de Madrid con este proyecto visibilizar la industria y que se aporten sinergias en el ecosistema.

El Circuito Tormenta es una liga amateur de Riot con los juegos LoL y Valorant que dispone en la actualidad de las mayores competiciones amateur. Se oferta crear dos paradas del mismo con la denominación de Madrid. Esto se considera muy adecuado y que proporciona valor añadido al ir fomentando y visibilizando el nombre de Madrid, promocionando el sector, etc.”.

Fandroid Entertainment, S.L.U. retuerce el texto para hacerle decir que los 6 puntos son por la marca Madrid Sports.

Procede desestimar este motivo.

También extrae otra mejora (de 1 punto) del siguiente texto del informe: “*El licitador propone como valor añadido el Servicio de hosting en Cloud mediante Azure WebApps que ofrece una disponibilidad del 99,95% frente al 98% que marca el PPT. Esta plataforma admite el escalado de forma nativa. Se incluye un servicio de asistencia “in situ” y otro servicio de asistencia remota 24x7. [...] Se considera que la oferta es muy adecuada y aporta elementos adicionales para adecuar su evolución temporal por lo que se le asigna una valoración de 1 punto”.*

El subcriterio de valoración es “*6.1.-Definición de la plataforma cloud de servicios deportivos. Especificaciones. Hasta un máximo de 1 punto*”.

Contesta el órgano de contratación que “*la valoración de este criterio se realiza de acuerdo con las especificaciones que las empresas han incluido en sus respectivas ofertas. La motivación para otorgarle la máxima puntuación a una de ellas ha sido la mayor especificación de la oferta presentada*”.

No se entiende, por este Tribunal, que los servicios ofertados no encuentran encaje en el criterio de valoración, ni que sean mejoras.

En cuanto a las dos valoraciones informa el órgano de contratación que “*no se han valorado mejoras no previstas en los pliegos, ya que tanto en el caso del subcriterio 1.1 como del subcriterio 6.1 se ha valorado la oferta de acuerdo con la información proporcionada por las empresas, con el margen propio de discrecionalidad de los criterios no valorables en cifras o porcentajes, valorándose la calidad del proyecto, la idoneidad de los documentos propuestos y la organización y estructura de los contenidos presentados, así como la probabilidad de éxito del proyecto*”.

Así, las “*supuestas mejoras*” a las que hace referencia el recurrente en realidad son soluciones propuestas por los licitadores para alcanzar los objetivos del contrato, valorándose su “*calidad e idoneidad*” al efecto, de conformidad con lo exigido en el apartado 16 del Anexo I al PCAP.

Procede desestimar este motivo.

En cualquier caso, y aunque no sea ya relevante, la anulación de estas puntuaciones no le alcanzaría a Fandroid Entertainment, S.L.U. para superar a la UTE RPM Racing S.L.U. - Team Randomk eSports, S.L., que le supera en 17 puntos, tal y como, por otra parte, también alega la adjudicataria.

Señala el artículo 58.2 de la LCSP que “*2. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público. Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública*

Decía la Audiencia Nacional en Sentencia de 4 de marzo de 2015, recurso

265/2014, “que en relación con el origen de esta norma cabe citar el *Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010* en el que se indicaba que parecía oportuno articular “algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial”, en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la “facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe”, pues “en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas”.

Se trata en suma de garantizar lo que podríamos denominar “seriedad” en el recurso. Pues bien, aplicando los indicados precedentes al caso de autos procede imponer la multa. No se trata de negar al recurrente su derecho al recurso, sino de rechazar un uso abusivo o temerario del mismo, en base a meras especulaciones y no la documentación. En el caso presente se aprecia un proceder especulativo en la formulación del recurso especial en materia de contratación, en abierta contradicción con la redacción de la documentación, lo que obliga a este Tribunal a apreciar mala fe y temeridad en la interposición del recurso especial en materia de contratación. Tanto los argumentos relativos a la contaminación como los de mejoras, son abiertamente contrarios a los pliegos, las ofertas de los licitadores y los informes técnicos tal y como se ha ido relatando en esta resolución. El recurso es una construcción artificiosa que no se compadece con los datos en ningún punto.

Procede imponer la multa por importe de 3.000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fandroid Entertainment, S.L.U contra resolución de adjudicación a la oferta de la UTE RPM Racing S.L.U. - Team Randomk eSports, S.L., del lote 2 del procedimiento de “prestación de servicios para la puesta en marcha y gestión del campus del videojuego en Madrid, a adjudicar por procedimiento abierto”, del Ayuntamiento de Madrid, expediente 300/2021/00680.

Segundo.- Se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP por importe de 3.000 euros.

Tercero.- 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.