

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 29 de abril de 2015, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso formulado por don I.T.G., en nombre y representación de CARPA Servicios y Conservación, S.L., contra el Acuerdo adoptado por el Concejal Presidente del Distrito de Fuencarral-El Pardo, del Ayuntamiento de Madrid, de 18 de marzo de 2015, de adjudicación del contrato de “Gestión del servicio público deportivo, mediante concesión, de la Instalación Deportiva Municipal Peñagrande, del Distrito de Fuencarral-El Pardo, con previa redacción del proyecto y construcción de la misma”, número de expediente: 108/2013/003716, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 19 de septiembre de 2014 se hizo pública la convocatoria para la adjudicación del contrato de “Gestión del servicio público deportivo, mediante concesión, de la Instalación Deportiva Municipal Peñagrande, del Distrito de Fuencarral-El Pardo, con previa redacción del proyecto y construcción de la misma”, que fue publicada en el BOCM de 23 de septiembre y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid. El plazo de duración del contrato es de 40 años y según el apartado 4 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la contratación, los gastos de primer establecimiento del contrato ascienden

a 8.217.895 euros, IVA excluido.

Segundo.- El 19 de noviembre CARPA Servicios y Conservación, interpone recurso contra el Acuerdo adoptado por la Mesa de contratación de la Junta del Distrito de Fuencarral-El Pardo, del Ayuntamiento de Madrid, por el que se acuerda admitir y valorar las ofertas técnicas presentadas a la licitación del contrato. Mediante Resolución 218/2014, de 3 de diciembre de 2014, este Tribunal acuerda, sin entrar al fondo del asunto, la inadmisión del recurso al haberse interpuesto contra un acto de trámite no susceptible de recurso.

Tras la tramitación oportuna la puntuación total obtenida por cada uno de los licitadores, conforme a los criterios establecidos para la adjudicación del contrato es la siguiente:

LICITADOR	PUNTUACIÓN TOTAL
Ingesport Health and Spa Consulting	94
UTE Dreamfit Innovación y Desarrollo - Expinmobel	82,77
Viding Fitness	73,73
Carpa Servicios y Conservación	73,18
Centro Deportivo Puerta Palma	44
UTE Enjoy Wellness - Clequali	41,75
UTE Santagadea - Asistencia, Organización y Servicios- Global Health Consulting	37,50
Demmero Group 21	37,10

Mediante Acuerdo adoptado por el Concejal Presidente del Distrito de Fuencarral-El Pardo, de fecha 18 de marzo de 2015, se adjudica el contrato a Ingesport Health and Spa Consulting, SL.

Tercero.- CARPA Servicios y Conservación, S.L. anunció al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación el 26 de marzo. El 1

de abril de 2015 tuvo entrada en Tribunal el escrito de recurso en el que muestra su disconformidad con la adjudicación dado que considera que ha habido un incumplimiento de diversas exigencias del Pliego y de su Anexo, por parte de la adjudicataria y de los otros licitadores, siendo dicho pliego y sus Anexos documento contractual, lo cual invalida técnicamente las ofertas presentadas por los mismos. Solicita que se declare la nulidad del acto recurrido y en consecuencia se anule y revoque la adjudicación del referido concurso a Ingesport Health and Spa Consulting y se declare la no admisión y consecuentemente la exclusión de dicha oferta y del adjudicatario. Asimismo que se declare la nulidad de las ofertas presentadas por los siguientes licitadores: Demmero Group 21, UTE Enjoy Wellness-Clequali, Centro Deportivo Puerta Palma, UTE Dreamfit Innovación y Desarrollo-Expinmobel, Viding Fitness, UTE Santagadea-Asistencia, Organización y servicios-Global Health Consulting.

Cuarto.- Con fecha 7 de abril la Junta de Distrito de Fuencarral-El Pardo del Ayuntamiento de Madrid remitió copia del expediente administrativo correspondiente al contrato de referencia y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, solicitando la desestimación del recurso en base a la argumentación que recoge. Manifiesta también que el recurrente no contempla en las alegaciones que realiza sus propios incumplimientos que en relación con su propuesta técnica para el programa de gestión de la instalación se detallan en el informe técnico que reiteradamente invoca en soporte de los incumplimientos de los demás licitadores enumerando hasta 4 incumplimientos de la recurrente.

Quinto.- Con fecha 8 de abril de 2015 el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP,

concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de Ingesportg & Spa Consulting, S.L., en el que solicita que se desestime íntegramente el recurso por las razones que expone y que serán tenidas en cuenta en los fundamentos de derecho de esta Resolución.

Así mismo ha presentado escrito de alegaciones Viding Fitness, S.L.U., en el que manifiesta que su oferta cumple el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en cuanto al “plan de uso de la instalación” y las normas NIDE en relación a las zonas de aguas ofertadas como mejora, y comparte con la recurrente la argumentación de exclusión de la actual adjudicataria, puesto que considera que incumple el PPT en cuanto al horario de apertura de las instalaciones pues considera que esa oferta supone incorporar una variante no admitida en los pliegos. Al ampliar el horario de apertura de las instalaciones genera desigualdad entre los licitadores y una situación de ventaja, por cuanto incide en numerosos aspectos de la oferta que han sido tenidos en cuenta para la puntuación del adjudicatario, al poder ofertar un canon más elevado como consecuencia del mayor número de horas de apertura y la posibilidad de mayor captación de clientes. Solicita que se declare la nulidad del Acuerdo en lo referente a la adjudicación de Ingesport y se desestime la pretensión de exclusión de Viding Fitness.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- En primer lugar conviene hacer unas consideraciones sobre la legitimación de la recurrente.

Se afirma en el recurso que tanto la adjudicataria, como el resto de licitadores debieron haber sido excluidos, por no ajustarse sus ofertas a las exigencias de los pliegos, pretendiendo la exclusión de todas ellas.

El recurso ha sido interpuesto por una licitadora que ostenta legitimación *ad procesum*, al tratarse de la oferta clasificada en cuarto lugar “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP), en cuanto se dirige contra la adjudicataria y todas las ofertas clasificadas por delante suyo en el orden de clasificación, pudiendo obtener, de prosperar el recurso contra las tres anteriores, la adjudicación del contrato.

Sin embargo ningún efecto puede producir, en la posición de la recurrente, la estimación del recurso respecto de su pretensión de exclusión de las clasificadas en una posición posterior a la suya, pues aun obteniendo la estimación de su motivo de recurso se mantendría en el mismo lugar de la clasificación y ningún beneficio le reportaría. Por esta razón carece de legitimación activa y procede inadmitir el recurso respecto de la pretensión de exclusión de las mismas.

Como explicación de lo expuesto y una vez reconocida legitimación *ad procesum*, cabe señalar que la legitimación *ad causam* necesita un análisis del fondo del asunto, pues de no obtener la pretendida exclusión de alguna de las tres licitadoras mejor clasificadas que la recurrente no podría obtener la adjudicación del contrato, por lo que carecería de la legitimación activa necesaria para la admisión del recurso. La legitimación requiere una relación unívoca e inmediata entre quien la ejerce y el objeto de la pretensión de manera que la anulación del acto impugnado que se pretende produzca un efecto actual y cierto para el recurrente del que surge el interés legítimo. La legitimación de la recurrente tiene como presupuesto y como fundamento la pretensión de exclusión de las tres licitadoras clasificadas por delante de ella, de manera que la desestimación de su pretensión de exclusión de la primera no le permitiría estar legitimada para recurrir contra las siguientes; y si se estimase

su motivo de recurso respecto de la exclusión de la primera en el orden de clasificación, la obtención de sus pretensiones precisa, necesariamente, también la estimación respecto de la exclusión de la segunda y de la tercera, puesto que, de lo contrario, ningún beneficio obtendría ella misma, sino la situada en segunda o tercera posición en el orden de clasificación que no han formulado recurso.

Queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación impugnado fue adoptado el día 18 de marzo e interpuesto el recurso el 1 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El contrato ha sido calificado como gestión de servicios públicos. De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(...).

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

Tal como consta en los antecedentes de hecho, el contrato tiene una duración de 40 años y unos gastos de primer establecimiento de 8.217.895 euros. Se cumplen, pues, los requisitos determinantes de la posibilidad de interposición de recurso especial en materia de contratación.

El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Ciertamente el recurso se dirige y alega incumplimientos tanto de la oferta del adjudicatario como de todos los demás licitadores, es decir además del acto de adjudicación se está impugnando también la clasificación de las ofertas y la admisión a la licitación. De lo anterior el órgano de contratación, en su informe al recurso, colige que el mismo se dirige no solo contra el acuerdo de adjudicación sino también contra los acuerdos adoptados anteriormente por la Mesa de contratación, recordando el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de que la propuesta de adjudicación no es un acto de trámite cualificado que sea susceptible de recurso.

No obstante, como tal como establece expresamente el artículo 40.3 del TRLCSP, los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el artículo 40.2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación. Cabe por ello en este momento, que se recurre el acto que pone fin al procedimiento de adjudicación, alegar cualquier infracción del procedimiento.

Quinto.- La cláusula 1 del PPT, “Objeto del contrato”, establece que *“De acuerdo con el Anteproyecto de construcción, el proyecto, tanto el básico, a presentar por los licitadores, como el posterior de ejecución que aportará aquél que resulte adjudicatario, han de contemplar, como mínimo, las siguientes necesidades:*

- *Piscina de enseñanza con superficie mínima de 20 m x 8 m...”.*

Más adelante se indica un cuadro resumen de las superficies construidas, señalado como *orientativo*, “Zona aguas (enseñanza, SPA): 450,00 m²”, así como, después, “Las superficies indicadas son las mínimas para la Instalación Deportiva

Municipal proyectada, permitiéndose que los licitadores en el proyecto básico a presentar en su proposición puedan superar dichas superficies, siempre dentro de la edificabilidad permitida”.

La cláusula 3.5 del PPT denominada “*cumplimiento de otros reglamentos y disposiciones*” relaciona, entre otras, como el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, las Normas sobre Instalaciones Deportivas y para Esparcimiento (NIDE) del Consejo Superior de Deportes. Asimismo en el apartado 1.10 del Anteproyecto de Construcción aprobado, que constituye el Anexo 1 de dicho Pliego, se relacionan dichas Normas.

El Proyecto Básico de la obra de Ingesport Health And Spa Consulting, S.L., recoge una piscina de unas dimensiones de 25 m x 12,50 m, más otra piscina de enseñanza de 20 m x 8 m y la zona de spa.

Argumenta la recurrente que respecto de las dimensiones de la piscina de enseñanza, tanto la oferta de la adjudicataria como las demás licitadoras incumplen dicha normativa, al establecer unas dimensiones de 20 m x 8 m, cuando las mencionadas Normas NIDE, para piscinas de enseñanza de 20 m de largo exigen un ancho de 10 m. Por tanto la adjudicataria, como el resto de licitadores debieron haber sido excluidos, por no ajustarse sus ofertas a las exigencias de los pliegos.

Las normas NIDE, se refieren entre otros aspectos a las características técnicas que han de reunir las piscinas en el ámbito de dichas normas, estableciendo en concreto en la norma NIDE, 3 tipos de piscinas y cada una de sus normas reglamentarias NIDE 2005, R Normas Reglamentarias, para Natación, Piscinas de Enseñanza, Piscinas Polivalentes, Piscinas de Recreo, en cada uno de sus apartados. Estas normas establecen y regulan la forma y dimensiones del vaso de piscina, indicando en una tabla contenida en la norma, las diferentes dimensiones y características de los vasos de natación: clasificados como:

- N1, N2, ..., N7; para piscinas de natación y competición.

- E1, E2, ..., E5; para piscinas de enseñanza.
- P1, P2, P3, P4: para piscinas polivalentes.

Estas normas, en cada tipo de piscina determinan e indican la longitud y anchura en metros de cada una de las clases de vasos definidas de N1 a N7; E1 a E5; P1 a P4, ambos inclusive. A la vista de la tabla de la norma NIDE relativa a Piscinas de Enseñanza, podemos ver que no existe ningún vaso enseñanza de dimensiones de 20 m x 8 m, contenido en ninguna de las clasificaciones de E1 a E5 de las citadas normas NIDE. En concreto para un largo de 20 m, su ancho mínimo debería ser de 10 m, como establece el tipo de piscina E5. Es decir el vaso de natación de 20 m x 8 m, ofertados por la mercantil, Ingesport no cumple las normas NIDE, y por ello según la recurrente no cumple las condiciones establecidas a este respecto en el PPT ni en el Anteproyecto de Construcción de la instalación deportiva municipal.

El PPT establece, por un lado, que la piscina de enseñanza debe contemplar una superficie mínima de 20 m x 8 m y además que son de aplicación las normas NIDE. Ambas cláusulas figuran en el Pliego y son de obligado cumplimiento. Ante la aparente contradicción del PPT en cuanto a la aplicación de las normas NIDE y la aceptación de vasos de piscina que cumplan como mínimo unas dimensiones de 20 m x 8 m que son inferiores a las que se regulan en dichas normas, procede hacer una interpretación sobre el contenido de dicha prescripción técnica.

Al efecto, en primer lugar es necesario concretar cuál es el carácter o naturaleza de las norma NIDE. En la página web del Consejo Superior de Deportes, dentro de las políticas públicas de ordenación, figuran las normas de armonización técnica, y dentro de éstas, entre otras, las normas NIDE. Al efecto figura una introducción explicativa que literalmente dice:

“1 INTRODUCCION

La normativa sobre instalaciones deportivas y para el esparcimiento (NIDE) está elaborada por el Consejo Superior de Deportes, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Educación Cultura y Deporte. Esta normativa tiene como objetivo definir las condiciones reglamentarias, de planificación y de diseño que deben considerarse en el proyecto y la construcción de instalaciones deportivas.

Las normas NIDE se componen de los dos tipos siguientes:

- Normas Reglamentarias (R).*
- Normas de Proyecto (P).*

2 NORMAS REGLAMENTARIAS (R)

Las Normas Reglamentarias tienen por finalidad la de normalizar, dando un tratamiento similar en los distintos usos o deportes, aspectos tales como los dimensionales, de trazado, orientación solar, iluminación, tipo de superficies deportivas y material deportivo no personal, que influyen en la práctica activa del deporte o de la especialidad de que se trate. Estas normas constituyen una información básica para la posterior utilización de las Normas de Proyecto.

En la elaboración de estas normas se han tenido en cuenta los Reglamentos de juego vigentes de la Federaciones Deportivas correspondientes, además se han considerado las normas europeas y españolas (UNE-EN) existentes en este ámbito (Equipamiento deportivo, superficies para deportes, iluminación de espacios para deportes e instalaciones para espectadores)

Las Normas Reglamentarias son de aplicación en todos aquellos proyectos que se realicen total o parcialmente con fondos del Consejo Superior de Deportes y en instalaciones deportivas en las que se vayan a celebrar competiciones oficiales regidas por la Federación Deportiva nacional correspondiente, no obstante es competencia de dicha Federación la homologación de la instalación.

3 NORMAS DE PROYECTO (P)

Las Normas de Proyecto tienen una triple finalidad:

- Servir de referencia para la realización de todo proyecto de una instalación deportiva.*

- *Facilitar unas condiciones útiles para realizar una planificación de las instalaciones deportivas, para lo cual se definen los usos posibles, las clases de instalaciones normalizadas, el ámbito de utilización de cada una, los aspectos a considerar antes de iniciar el diseño de la instalación.*

- (...).”

Es decir, las normas NIDE no tienen carácter imperativo, no forman parte del ordenamiento jurídico y sólo habrán de ser cumplidas obligatoriamente cuando el Proyecto se realice parcial o totalmente con fondos de dicho Consejo y no siendo este el caso sólo tendrían que ser cumplidas por obligación en el supuesto de que el licitador en su oferta incorpore la opción de desarrollo de competiciones oficiales regidas por la Federación Deportiva correspondiente en las que sea preciso contar con una instalación homologada por el Consejo Superior de Deportes.

En consecuencia la obligación de cumplimiento de las Normas NIDE en el diseño de la piscina deriva de la mención a las mismas que se contiene en el PPT y en el Anexo 1 del mismo y que constituye una voluntaria vinculación a sus determinaciones por parte del Ayuntamiento de Madrid en este Proyecto.

Entonces, si resulta que la vinculación del Ayuntamiento a las Normas NIDE no deriva de obligación legal ni reglamentaria sino que es de carácter voluntario y quien voluntariamente se vinculó en el mismo texto en el que lo hacía establecía como suficiente para cumplir con los mínimos del Pliego un vaso de 20 m x 8 m que no corresponde a ninguna de las modalidades de vaso de enseñanza de las Normas NIDE, es decir, una propuesta de piscina de enseñanza que no las cumple pero que da por satisfactoria, al menos como requisito de validez de la oferta, habrá que deducir que, en ese punto, el Ayuntamiento no exigía el cumplimiento de las Normas NIDE, no se vinculaba a las mismas ya que, tal y como las mismas disponen no es necesario hacerlo cuando, como es el caso, la construcción de las instalaciones no cuenta total o parcialmente con fondos del Consejo Superior de Deportes ni se trata

de instalaciones que se construyan para las competiciones oficiales por la federación deportiva nacional correspondiente.

En ese marco, y dado que no se imponía a los licitadores en el Pliego la obligación de construir un vaso capaz de albergar competiciones de natación, respecto de dichas normas el Ayuntamiento podía adoptar la disposición que estimase conveniente y la que tomó en el PPT fue la de no seguir en ese punto las recomendaciones NIDE y establecer un módulo de enseñanza de natación de 20 m x 8 m, aceptando que fueran ofertadas modalidades de dimensiones superiores, en cuanto a la superficie total a partir del superior dimensionamiento de alguna de las dos magnitudes lineales. Por consiguiente, no teniendo obligación el licitador de ofertar un vaso para competiciones de natación, sólo con la propuesta de un vaso de enseñanza de 20 m x 8 m se habría cumplido el requisito establecido en el Pliego.

El objeto del contrato explicitado en el apartado 1 del Anexo I del PCAP es la gestión del servicio público deportivo para el fomento del deporte de base en la instalación deportiva municipal del Distrito. El contrato incluye la construcción y explotación de unas instalaciones deportivas que contengan salas técnicas, instalaciones auxiliares, salas polivalentes, espacios asociados al deporte y una zona de aguas para enseñanza y área de hidroterapia. Explica el órgano de contratación en su informe que la referencia al fomento del deporte de base, como objetivo primordial a conseguir a través de la presente contratación, no parece, al menos totalmente, acorde con la celebración de competiciones oficiales en la instalación, lo que, no obstante, al no establecerse nada en contra de ello en los Pliegos y sus anexos, y puesto que, como se indica expresamente en éstos, las dotaciones y actividades descritas y requeridas tienen el carácter de mínimos, podrían llevarse a cabo siempre y cuando aquel que resultara concesionario hubiera observado las citadas Normas en la elaboración de su proyecto para la construcción de las piscinas de la instalación y que, como la propia Norma reglamentaria prescribe, fueran homologadas por la Real Federación Española de Natación a tales efectos. De ahí que tanto en la cláusula 3.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas,

como en el apartado 1.10 del Anteproyecto de construcción aprobado, que constituye el Anexo 1 de dicho Pliego, se recojan dichas Normas.

Asimismo, se considera oportuno señalar que, además de las actividades propias a llevar a cabo en el agua, el PPT recoge, para los espacios exteriores, la construcción de pistas de tenis y pádel en las cuales dada la modalidad de deporte que se practica, existe la posibilidad de celebrar competiciones, torneos, etc. que precisan de pistas de acuerdo a unas medidas que se han estandarizado, tanto en el ámbito de instalaciones públicas como de las privadas o particulares, y cuya referencia son las NIDE, motivo por el cual también se consideró necesaria la inclusión de dichas Normas en la reiterada cláusula 3.5 del PPT.

Tal como afirma el órgano de contratación, en su informe al recurso, ni el recurrente al ofrecer para dicha piscina de enseñanza una superficie de 20 x 10, ni ninguno del resto de licitadores que señalan en su propuesta las medidas de 20 x 8 para la misma, condición mínima, están incumpliendo el citado PPT en ese aspecto.

En consecuencia procede rechazar este motivo de incumplimiento.

Sexto.- En cuanto a los incumplimientos del adjudicatario Ingesport Health and Spa Consulting, S.L., además del incumplimiento de las normas NIDE, analizado en el fundamento de derecho anterior, se alegan los específicos siguientes:

a).- Sobre los horarios de apertura.

La cláusula 7.2 del PPT establece que *“La instalación permanecerá abierta todos los días del año, quedando a criterio del concesionario su apertura durante los días 24, 25 y 31 de diciembre, 1 de enero y 1 de mayo.*

El horario mínimo de apertura será:

De lunes a viernes laborables, de 8:00 a 22:00 horas.

Sábados, domingos y festivos de 9:00 a 15:00 horas.

Dicho horario podrá ser ampliado, teniendo en cuenta que los límites de apertura y cierre de la instalación deportiva no podrán exceder de las 8:00 y 24:00 horas respectivamente. Será el licitador, en su oferta, el que deberá determinar, de forma concreta, los horarios de apertura y cierre respetando siempre los límites establecidos para estas actividades por la Orden 1562/1998, de 23 de octubre, de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid, por la que se establece el régimen relativo a los horarios de los locales de establecimientos abiertos al público, modificada por la Orden de 21 de diciembre de 2004, de la Vicepresidencia Segunda y Consejería de Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, o normativa que la sustituya”.

Es decir, en principio, los horarios de apertura de lunes a viernes serán de 8:00 a 22:00 horas, aunque se admite una extensión hasta las 24 horas, sin que pueda excederse de dichos límites, con carácter imperativo, por disposición del PPT.

De la lectura de ambos párrafos de la mencionada cláusula 7.2 parece desprenderse cierta contradicción, puesto que de una parte se establece un límite expreso, de 8 a 24 horas, que cabe considerar como una franja mínima de apertura, y por otra parte se establece el límite recogido en la citada Orden, que sería el máximo permitido, lo que puede haber inducido a un error interpretativo.

A pesar de la dificultad aclarativa derivada de la aparente contradicción interna del propio Pliego, puesta de manifiesto en el informe de valoración de las ofertas, cabe entender que el PCAP ha querido concretar y reducir los horarios de apertura previstos en la citada Orden, pues en caso contrario se remitiría únicamente a la misma sin delimitar ninguna franja horaria dentro de la habilitada en la misma.

Esta ha sido también la interpretación aceptada por el equipo técnico municipal, que valora las propuestas técnicas de los licitadores y afirma sobre el horario de apertura de las instalaciones propuesto por Ingesport Health And Spa

Consulting, S.L.: *“Se observa que se propone un horario de apertura de lunes a viernes laborables de 7:00 a 24:00 horas, no teniendo en cuenta que los límites de apertura y cierre determinados en el PPT no podrá exceder del periodo comprendido entre las 8:00 y las 24 horas.”*

Según la recurrente esta afirmación recogida en el informe supone un incumplimiento de la cláusula 7.2 del PPT, que ha de regir el contrato y que tal y como se indica en los diferentes documentos que forman el expediente de licitación, es contractual. Ello supone un agravio comparativo ya que el incumplimiento de las condiciones del PPT le estaría aportando una ventaja competitiva con respecto a otros licitadores, ya que incumpliendo las condiciones comunes para todos los licitadores, establece un horario más amplio y por tanto puede ampliar los servicios que oferta, pudiendo acceder a mejores puntuaciones técnicas en otros aspectos que se valoran como criterios valorables mediante juicio de valor, así como le permitiría aumentar los ingresos previstos por explotación y mejorar consecuentemente el canon ofertado, ya que esos ingresos, al existir más horas de apertura, son mayores.

El informe del Ayuntamiento al recurso alega que la citada Orden 1562/1998, en el apartado C) 4 del artículo 2, relativo a actividades recreativas en el que han de encuadrarse las actividades deportivas contempladas en el objeto del contrato, establece en cuanto al horario general que: *“Los que no se encuentren recogidos en el apartado B del presente artículo no podrán, con carácter general, comenzar antes de las seis horas ni finalizar después de las veinticuatro horas salvo que por una normativa específica se permita un horario diferente”*. De la lectura de dicho precepto, no resulta que los licitadores vulneren la legalidad vigente en cuanto a la hora propuesta para la apertura de la instalación, pese a los establecimientos del Pliego y, siendo, por otro lado, en última instancia, el propio Ayuntamiento de Madrid el que haya de hacer cumplir el horario de inicio de actividades que considere conveniente, máxime con la advertencia expresa realizada. No obstante, el horario de apertura de las instalaciones propuesto por los licitadores que supuestamente

incumplen no tiene repercusión alguna a la hora de ponderar los criterios no valorables en cifras y porcentaje fijados en el PCAP.

Según afirma la adjudicataria en trámite de alegaciones, al margen de que se hubiera podido incurrir en algún error material a la hora de transcribir datos, que pudo haber llevado al comentario mencionado en el informe de valoración de ofertas, el detalle horario del desarrollo de actividades y los protocolos de apertura y cierre de instalaciones figura en las páginas 214 y siguientes del “Proyecto de Gestión Deportiva”, en las que, de forma pormenorizada, se establece la secuencia de actuaciones que es preciso realizar para proceder a la apertura de las instalaciones, produciéndose todas ellas para que la instalación vea efectuada su apertura a las 8:00 horas y su cierre a las 23:30 horas, todo ello, por consiguiente dentro del límite horario establecido en el Pliego.

La documentación aportada por Ingesport en el sobre B “criterios no valorables en cifras o porcentajes” se compone de dos proyectos: el proyecto básico de la obra y el proyecto de gestión deportiva (11 tomos). Del examen del mencionado proyecto de gestión deportiva se observan discrepancias e incongruencias entre unos y otros de los documentos que lo integran. Así, el tomo 8 contiene un “plan de usos y explotación” compuesto de tres documentos. En el nominado “plan de usos y explotación 1/3” se expone que Go fit dispone de un horario de apertura amplio. Las instalaciones permanecerán abiertas al público 99 horas semanales, de lunes a domingo, para su utilización asistiendo a actividades dirigidas y clases, o para el uso libre de la misma, nado libre, ejercicio cardiovascular y zonas relax. Seguidamente explica que el horario de apertura será de lunes a viernes de 7 a 24 horas, los sábados de 9 a 21 y los domingos de 9 a 20. Realizado el cálculo, con ese horario resulta un computo semanal de 108 horas, luego parece tratarse de un error. Pero realizado el cálculo teniendo en cuenta un horario de apertura de lunes a viernes de 8 a 24 resulta un horario semanal de 103 horas, tampoco coincidente con el señalado.

Debe, no obstante, ser examinada e integrar toda la documentación de la oferta para poder tener un conocimiento de cuál es el horario realmente ofertado y comprobar si puede concluirse un horario determinado. En principio el horario mencionado de 7 a 24 horas no se ve corroborado por otra documentación del propio documento 2.6 “plan de usos y explotación”.

Así, por ejemplo, en el programa de actividades acuáticas el horario de apertura que figura es de lunes a viernes es de 8 a 23 horas, y los fines de semana de 9 a 21 los sábados y de 9 hasta las 20 los domingos, no comenzando las actividades hasta las 10:30. En el programa de otras actividades dirigidas, el horario de apertura es el mismo, comenzando algunas actividades a las 8 y finalizando la última a las 22:15. Igualmente en el protocolo de apertura que es uno de los protocolos que figuran en el citado documento figura Administración/protocolos/protocolo de apertura y consta que *“la persona de recepción que realiza la apertura del centro deberá llevar a cabo los siguientes pasos:*

7.45-8.00:

(...)

- Activación de tornos*
- Lectura de mensajes del turno anterior...*

8.00-8.30

(...).

23.30:

- Quinto y último aviso de cierre: Atención por favor, señores clientes, Go Fit procede a cerrar el centro. Muchas gracias.

- Apagado de ordenadores.*
- Apagado de tornos.*
- Apagado de luces.*
- cierre de puertas.*

Y en el documento Administración/protocolos/protocolo de caja:

Descripción:

Apertura de caja (8:00-8:30).

- La persona de recepción contabiliza el efectivo en la caja y comprueba que coincide por lo indicado por la persona que cerró caja el día anterior.

- A continuación se realiza la apertura de caja en NAVISION.

(...).”

En el siguiente documento denominado “plan de usos y explotación 2/3” se expone que para las actividades de pádel y tenis el horario de funcionamiento del centro es de 10 a 13 y de 16 a 23 horas de lunes a viernes (página 371). En cuanto al horario de la zona de spa este será de lunes a viernes de 8 a 22:45 (página 376), el horario de uso de la piscina será de lunes a viernes de 7 a 22:45 horas (página 380). Y en la página 397 relativa a la clasificación y descripción de usuarios se dice:

- Socios/as: un número muy heterogéneo de las personas matriculados. El horario del que pueden disfrutar del centro es de 7 a 23 horas en días laborables.

- Socorristas: otras 6 personas que se encargan de la vigilancia y seguridad del recinto de piscinas. Su horario es de 7 a 23 coincidiendo con el de los socios.

- Personal de mantenimiento, va rotando pero el horario en que siempre habrá un técnico de mantenimiento en el edificio es de 6:30 a 13:30 y 16:30 a 21:30 de lunes a viernes.

En este supuesto, el Tribunal considera que, tal como reconoce el propio adjudicatario Ingesport, en su escrito de alegaciones, el horario máximo de apertura de las instalaciones permitido en el pliego es de 8 a 24 horas. Por lo tanto, a la vista del error padecido, se plantean dos opciones, o bien rechazar automáticamente la oferta o bien interpretar su declaración. La documentación exigible al contratista en este tipo de contratos es muy voluminosa y de contenido predominantemente técnico, de manera que es comprensible la existencia de algún error. Ello no es disculpa ni puede suponer relativizar el cumplimiento de las prescripciones técnicas que son las condiciones mínimas de ejecución del contrato y claramente ha de ser

excluido cualquier licitador que no acepte su contenido o cuya oferta se separe manifiestamente de lo exigible a todos.

De los hechos expuestos, que reflejan el contenido de la oferta de Ingesport, solo puede constatarse, una disparidad interna de los distintos documentos que componen la oferta en cuanto al horario de apertura del centro, que supone que si no es posible integrar unos con el examen de los otros o que una aclaración no modificativa permita integrarlos eliminando los que sean erróneos determina el rechazo de la misma por inconsistente.

Así, la Mesa de contratación, ante la evidencia de la puesta de manifiesto en el informe de valoración de múltiples incumplimientos de las prescripciones técnicas en la oferta del adjudicatario y de varios de los licitadores que ahora sirven de motivo de recurso contra todos ellos, debió comprobar si se trataba de incumplimientos de las condiciones técnicas de ejecución del contrato, procediendo a excluir a los incumplidores o, si era posible integrar los diferentes documentos o solicitar aclaración no modificativa de la oferta. Sin embargo, admitió todas las ofertas y las puntuaciones otorgadas sin realizar ninguna actuación al respecto.

El artículo 145.1 TRLCSP establece que:

“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.” y el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante “RGLCAP”) indica respecto de las proposiciones de los interesados:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece

de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

El Tribunal rechaza una interpretación estricta que dé lugar a que se desestimen o no se valoren por omisiones o por errores, ofertas posiblemente ventajosas siempre que el órgano de contratación pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta.

En la aplicación de estos preceptos debe tenerse en cuenta que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso 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 artículo 84 del RGCAP, más arriba transcrito, 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 de este Tribunal).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, en el asunto C-599, admite que excepcionalmente los datos contenidos en la oferta puedan corregirse o completarse de forma puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que se produzcan meras aclaraciones por los candidatos, sin solicitar ni aceptar modificación alguna de la oferta. Continúa dicha Sentencia señalando que en el ejercicio de la facultad anteriormente expuesta debe tratarse a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de tal manera que

al terminar el procedimiento pueda afirmarse que la petición de aclaraciones no benefició o perjudicó indebidamente a los candidatos que la recibieron.

Debe señalarse, no obstante, que la mencionada Sentencia recuerda que permitir que el poder adjudicador pida aclaraciones sobre imprecisiones en la oferta entraña el riesgo de que se considere que el poder adjudicador ha negociado confidencialmente la oferta en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato.

Sobre la solicitud de aclaraciones, en aplicación de la jurisprudencia mencionada, este Tribunal se ha pronunciado en resoluciones como la 16/2014, de 22 de enero; la 180/2013, de 30 de octubre; la 102/2013, de 3 de julio, o la 98/2012, de 12 de septiembre, donde se considera la posibilidad de solicitar aclaraciones y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad antes de rechazar una oferta, así como el alcance que éstas pueden tener y la necesidad de que no impliquen modificación de los términos de la misma.

En trámite de alegaciones Ingesport reconoce que el pliego limita el horario de apertura más allá de lo que permite la normativa reguladora de los horarios de apertura de instalaciones recreativas y mantiene que su oferta se refiere a un horario de apertura respetuoso con el PPT, achacando a desafortunadas expresiones las referencia a horarios que no se ajustan a lo requerido. Esta afirmación se sustenta en aquellos documentos de la oferta mencionados anteriormente como son el protocolo de apertura, el protocolo de caja y los horarios de algunas de las actividades y en cambio se contradice con el horario de uso de la piscina y de permanencia de los socorristas. La adopción de la decisión de rechazo de la oferta es una medida extrema que por su gravedad ha de ser ponderada y modulada sin que por ello se pueda dar carta de naturaleza a incumplimientos manifiestos. Por ello, dudar en este momento de la intención del licitador e inclinar la opinión a favor de su rechazo supondría presuponer sus declaraciones contradictorias como incumplimiento, negado por él mismo y tampoco probado en la documentación del

expediente, pues no consta una oferta explícitamente incumplidora del PPT, sino incongruente, como se ha expuesto. La integración de su oferta reconociendo que se ha cometido un error en solo algún documento como es la descripción de los usos de la piscina, admitiendo la voluntad declarada del licitador y la que consta en el resto de documentación de su oferta, es una solución integradora y admitida por la jurisprudencia. En consecuencia, cabe entender que la oferta contiene un horario de apertura de instalaciones que se inicia a las 8 horas, dentro del límite fijado en el PPT, cuestión aclarada por la adjudicataria que habrá de cumplir el contrato en esos términos. Cabe añadir que si hubiera sido otra la intención de Ingesport y eso hubiera supuesto, como alega la recurrente, una ventaja competitiva para obtener mayores ingresos y ofertar mayor canon, la aceptación del horario del PPT supondría la pérdida de tal ventaja y haber presentado una oferta con menor beneficio, por lo cual resulta admisible la aclaración que no modifica los términos de su oferta.

b).- Requisitos mínimos establecidos en el PPT.

El motivo de recurso se basa, no en un incumplimiento derivado del examen de la oferta técnica del adjudicatario, sino en las siguientes afirmaciones contenidas en el informe técnico de valoración de la oferta finalmente adjudicataria, que sirven para que la recurrente vea la evidencia y prueba del incumplimiento por parte de la misma de los requisitos mínimos establecidos en el PPT para este tipo de actividades:

b).1.- *“En el dossier “Programa de Actividades Dirigidas” en las páginas 70 y 91 propone una oferta de actividades y plazas superando los mínimos exigidos en el PPT como refleja el resumen de la tabla aneja. No obstante se observa que en su documentación establecen unos mínimos que no se corresponden con los establecidos en el PPT”.*

Considera la recurrente, por tanto, que dicho “desajuste en totalidad” incumple la normativa municipal de aplicación y, en consecuencia, vulnera el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos que establece el artículo 1 del TRLCSP, por lo que entiende *“que dicha oferta deber ser declarada no válida y excluida del procedimiento de adjudicación...”*.

Desde luego que la expresión del informe de valoración no es afortunada, pues comienza afirmando que el programa de actividades contiene una oferta que supera los mínimos del PPT, para acto seguido señalar que se observa que establece unos mínimos que no se corresponden con los establecidos en el PPT, lo cual sirve de motivación del recurso.

Tal como afirma Ingesport, en su escrito de alegaciones, en su oferta se determina la propuesta de actividades por grupos y junto a esta, en otra columna, se recogen los mínimos del PPT para que pueda apreciarse el cumplimiento y superación de estos y resulta que la cifra atribuida a estos mínimos establecidos en el Pliego es en algunos casos errónea. Por eso dice el Informe de valoración que no se corresponden con el PPT. No obstante ello, la oferta fue correctamente aceptada porque a pesar de haberse padecido error al efectuar el mero traslado de las cifras del Pliego a la columna que pretendía reflejarlos, la oferta en sí supera en todos los casos, los mínimos del Pliego, no los reflejados en la oferta, sino los auténticos del Pliego, tal y como podemos constatar del examen de los cuadros que aporta Ingesport en el escrito de alegaciones al recurso, que coincide con los mínimos contemplados en el anexo I “propuesta de programa deportivo” del Anteproyecto de construcción de la instalación deportiva, páginas 181 y siguientes del expediente. Ya rectificadas los datos erróneamente transcritos en la columna titulada “Mínimos del Pliego”, se evidencia que dichos mínimos son rebasados en casi todos los supuestos.

b).2.- *“Por otra parte, la división realizada respecto a los grupos de edad considerados, no se ajusta en su totalidad a los requisitos y normativa municipal”*.

Argumenta la adjudicataria, en su escrito de alegaciones, que más allá de la genérica invocación a un posible incumplimiento en base a una expresión poco afortunada que se contiene en el informe de valoración no hay fundamento de impugnación.

Comparando la oferta de Ingesport con el cuadro de la página 21 del citado informe de valoración, que se invoca por la recurrente, se aprecia que en esta aparece reflejado un cuadro que corresponde al inicio del Anexo 3 “programa de actividades físico-deportivas” del PPT, página 184 del expediente, y en el que se reseñan los grupos de edad (Pre-infantiles, escuelas infantiles, actividades físico-deportivas para jóvenes, actividades físico-deportivas para adultos, y actividades físico-deportivas para mayores), y en los cuadros que han sido incluidos en la oferta aparecen perfectamente diferenciados los grupos de Pre-infantil, infantil, jóvenes, adultos, y, mayores. La identidad es total.

En consecuencia procede la desestimación del motivo de recurso que alega incumplimientos del PPT en la oferta de Ingesport.

Séptimo.- Alegaciones sobre el resto de licitadoras.

Por lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, en el que se concluye la desestimación de la pretensión de anulación de la adjudicación a Ingesport, no es necesario analizar la valoración realizada respecto del cumplimiento de las prescripciones técnicas por el resto de proposiciones presentadas, pues en ningún caso la posible estimación de alguna de ellas conduciría a la estimación de la pretensión de anulación de la adjudicación, ni le permitiría obtener la condición de adjudicataria. Como se ha expuesto al analizar la legitimación activa, para la interposición del recurso ésta está condicionada a la estimación de sus pretensiones y requiere que necesariamente habrían de ser rechazadas las proposiciones del adjudicatario y de al menos las proposiciones de los otros dos licitadores clasificados

en mejor posición, para que su oferta fuera la económicamente más ventajosa conforme a los criterios establecidos para la adjudicación

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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 formulado por don I.T.G., en nombre y representación de CARPA Servicio y Conservación, S.L., contra el Acuerdo adoptado por el Concejal Presidente del Distrito de Fuencarral-El Pardo, del Ayuntamiento de Madrid, de 18 de marzo de 2015, de adjudicación del contrato de “Gestión del servicio público deportivo, mediante concesión, de la Instalación Deportiva Municipal Peñagrande, del Distrito de Fuencarral-El Pardo, con previa redacción del proyecto y construcción de la misma”, número de expediente: 108/2013/003716, en cuanto a la pretensión de anulación de la adjudicación a Ingesport.

Segundo.- Inadmitir el recurso en cuanto a las pretensiones de exclusión del resto de licitadores.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 8 de abril.

Quinto.- 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 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 49 del TRLCSP.