

Recursos nºs 513/2022, 514/2022 y 021/2023

Resolución nº 020/2023

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

En Madrid, a 17 de enero de 2023

VISTO los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Cerro del Espino Soc. Coop. Mad. y Consultores, Urbanismo y Gestión del Sur, S.L. contra los acuerdos de la mesa de contratación de fechas 25 de noviembre de 2022 y 16 de diciembre de 2022, por los que se propone, respectivamente, elevar al órgano de contratación la clasificación de ofertas para el lote 1 y dar por retirada la oferta de Consultores, Urbanismo y Gestión del Sur, S.L. al referido lote 1 del contrato para la “Enajenación de tres parcelas en el Plan Parcial 5 de Leganés, propiedad de Emsule, S.A.U., para la financiación de construcción de viviendas de protección pública en régimen de alquiler en las parcelas VP3 y VP4 en el Plan Parcial 4 “Puerta de Fuenlabrada” que se integrarán en el Patrimonio de Emsule y consecuentemente en el patrimonio del Ayuntamiento de Leganés”, número de expediente 04PA/2022.

Y **VISTO**, asimismo, el recurso interpuesto por la representación legal de Vivir en Torre del Sol, Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas, contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 25 de noviembre de 2022 por el que se propone elevar al órgano de contratación la clasificación de ofertas para el lote 2 del mismo contrato, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 5 de septiembre de 2022 en el Perfil del Contratante de EMSULE, S.A.U., alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en tres lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 22.383.191,40 euros y su plazo de duración será de 10 meses.

A la presente licitación se presentaron los siguientes licitadores, que coinciden con los ahora recurrentes a los lotes impugnados:

- Lote 1: Consultores, Urbanismo y Gestión del sur S.L. como gestor de Cerro del Espino, Sociedad Cooperativa Madrileña.
- Lote 2: Vivir en Torre del Sol, Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas.

Segundo.- Celebrados actos de apertura y valoración de ofertas, por la mesa de contratación, en sesión celebrada el 25 de noviembre de 2022, se acordó proponer al órgano competente la clasificación de las ofertas presentadas al procedimiento y requerir a las empresas Consultores, Urbanismo y Gestión del Sur. S.L (Cerro del Espino Soc. Coop. Madrileña) (lote 1) y Vivir en Torre del Sol, SCMV (lote 2) como empresas que ha presentado ofertas económicamente más ventajosas en cada uno de los lotes, para la presentación de la documentación prevista en el apartado 2º del artículo 150 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).

Por el mismo órgano de asistencia, en sesión celebrada el 16 de diciembre de 2022, se acordó lo siguiente:

“PRIMERO. Dar por retirada la oferta de CONSULTORES, URBANISMOS Y GESTIÓN DEL SUR S.L (gestora de CERRO DEL ESPINO S. COOP. MAD) licitador del LOTE 1 por no cumplimentar adecuadamente el requerimiento, al no presentar la garantía definitiva exigida, la cual se le requirió el día 25 de noviembre de 2022.

Siendo el único licitador que se ha presentado al Lote 1 - “Parcela 23.1 del PP5 (VL1) en C/ Plutón 1” procede declarar desierta la licitación del Lote 1.

SEGUNDO. Dar por retirada la oferta de VIVIR TORRE DEL SOL, SCMV licitador del LOTE 2 por no cumplimentar adecuadamente el requerimiento, al no presentar la garantía definitiva exigida, la cual se le requirió por el día 25 de noviembre de 2022.

Siendo el único licitador que se ha presentado al Lote 2 - “Parcela 23.2 del PP5 (VL2) en C/ Urano 2” procede declarar desierta la licitación del Lote 2.”

Por Acuerdo del Consejo de Administración de EMSULE, de fecha 23 de diciembre de 2022, se declaró desierta la licitación de los lotes 1 y 2 del procedimiento.

Tercero.- El 14 de diciembre de 2022 tuvieron entrada en el Registro de EMSULE los recursos especiales en materia de contratación, formulados por las representaciones legales de Cerro del Espino, S.C.M. y Consultores, Urbanismo y Gestión del Sur, S.L., así como de Vivir en Torre del Sol, S.C.M.V., ambos contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 25 de noviembre de 2022 por los que se propone elevar al órgano de contratación la adjudicación de los lotes 1 y 2, respectivamente, solicitando la resolución de varias cuestiones que obstaculizan el cumplimiento de la adjudicación y alegando la procedencia de la suspensión automática prevista por el artículo 53 de la LCSP.

El 23 de diciembre de 2022 el órgano de contratación remitió ambos recursos junto con el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, sosteniendo la carencia de fundamentación de ambos recursos.

En relación al tercer recurso, este fue interpuesto por la representación legal de Cerro del Espino, S.C.M y Consultores, Urbanismo y Gestión del Sur, S.L. en este Tribunal el 11 de enero de 2023, contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 16 de diciembre de 2022 por el que se considera retirada la oferta presentada por la Sociedad, como gestora de la Cooperativa, al lote 1 del procedimiento, solicitando la anulación del mismo y la adjudicación del lote 1 en su favor.

El órgano de contratación ha remitido en fecha 16 de enero de 2023 el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, sosteniendo igualmente la carencia de fundamentación jurídica.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano administrativo que inicie o trámite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Igualmente, el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados, se aprecia identidad de expediente de contratación y órgano de contratación en todos ellos. De igual forma, existe idéntica fundamentación en los dos primeros recursos, que recaen sobre el mismo acto. En cuanto al tercero, se presenta por el mismo recurrente y afecta a un acto sucesivo en el procedimiento de adjudicación del lote 1, por lo que procede acordar la acumulación de la tramitación de los tres recursos para resolverlos por medio de una sola resolución.

Segundo.- Procede, sin entrar en el fondo del asunto, entrar a examinar la competencia de este Tribunal para la resolución de los recursos planteados, atendiendo a la complejidad de la calificación del negocio jurídico en cuestión, complejidad que, como ya se recogió en resolución anterior de este Tribunal nº 49/2017, de 15 de febrero, se manifiesta en las diferentes calificaciones otorgadas por los órganos de contratación, por los órganos consultivos y los pronunciamientos de los órganos encargados de la resolución del recurso especial acerca de negocios jurídicos similares.

A modo ilustrativo, el TACRC en su Resolución 804/2019, de 11 de julio, calificó como contrato patrimonial, no susceptible de recurso especial, la enajenación de determinados bienes inmuebles patrimoniales, por no ser aplicable la LCSP, al regularse por su legislación especial; mientras que mediante Resolución de este Tribunal 507/2021, de 28 de octubre, se admitió recurso especial contra la adjudicación de un contrato de venta de parcelas para la construcción de viviendas de protección pública, indebidamente calificado en el pliego, por entender que la venta objeto de la contratación era subsumible en un contrato de concesión de obras en el sentido regulado en el artículo 14 de la LCSP, al tener por objeto la construcción de una obra y su explotación en régimen de compraventa, recayendo sobre el concesionario el riesgo operacional de la misma.

Procede por tanto entrar a analizar el negocio jurídico objeto de la contratación, a efectos de determinar la existencia de un fin público, más allá del puramente

patrimonial, que haya permitido al órgano de contratación calificar la relación como contractual.

El contrato que nos ocupa ha sido calificado por el PCAP como contrato privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la LCSP.

Su objeto, de acuerdo con la Cláusula 3 del Pliego, es la enajenación de las parcelas, titularidad de EMSULE, siendo el código CPV asignado al contrato el 70122100 - Servicios de venta de terrenos.

En lo que se refiere al régimen de recursos, la cláusula 17 del PCAP estipula que si el contrato tiene un valor estimado superior a los 100.000 euros, serán susceptibles de recurso especial los anuncios de licitación, los pliegos y demás documentos contractuales, la adjudicación y los actos de trámite, de conformidad con el artículo 44.2 de la LCSP. Dispone igualmente, que los actos de preparación y adjudicación que se dicten en procedimientos que no reúnan los requisitos del artículo 44.1 de la LCSP podrán ser objeto de recurso, de conformidad con lo dispuesto en la LPACAP.

La denominación del contrato responde a la enajenación de 3 parcelas en el Plan Parcial 5 de Leganés para la financiación de la construcción de viviendas de protección pública en el Plan Parcial 4 del mismo municipio.

Las parcelas objeto de enajenación son las descritas en el apartado 1 del Anexo I al PCAP, en concreto, las siguientes:

- Lote 1: C/ Plutón, 1. Suelo PP5 23.1 (VL1)
- Lote 2: C/ Urano, 2 Suelo PP5 23.2 (VL2)
- Lote 3: C/ Júpiter, 1 Suelo PP5 25.1 (VL5)

Este apartado 1 establece que los recursos económicos se destinarán íntegramente a construir, promover y gestionar viviendas de protección pública en régimen de alquiler en las parcelas VP-3 y VP-4 del Plan Parcial 4 “*Puerta Fuenlabrada*” y que el dinero resultante será depositado en cuenta al efecto, se aplicará a la ejecución de las obras de viviendas protegidas en régimen de alquiler, por lo que el Patrimonio Municipal del Suelo se transforma en edificaciones inventariadas que se incorpora al patrimonio de EMSULE y, por tanto, se incrementará el patrimonio consolidado del Ayuntamiento de Leganés, por ser accionista único de EMSULE.

La adjudicación del contrato atiende a dos criterios: la oferta económica, a valorar con hasta 95 puntos, y la mejor propuesta de instalación de medidas de ahorro energético, hasta 5 puntos.

De acuerdo con lo anterior, si bien el contrato atiende a una finalidad pública: obtener recursos para la financiación de la construcción de viviendas de protección pública, el pliego no contempla la construcción de estas viviendas en las referidas parcelas por parte de los adjudicatarios de la enajenación, sino en otras parcelas de distinto Plan Parcial, por lo que no se recoge entre las obligaciones del adjudicatario de las parcelas la obligación de ejecutar las obras, ni de desarrollar la correspondiente promoción.

De este modo, el objeto del contrato viene determinado por una mera enajenación de bienes inmuebles de patrimonio municipal, cuyo producto resultante se incorporará al Patrimonio Municipal del Suelo para, posteriormente, construir viviendas de protección oficial en parcelas distintas.

Esta circunstancia permite calificar el contrato como un contrato privado, de naturaleza patrimonial, regulado por su legislación específica. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 9.2 del mismo texto legal, quedan excluidos de la LCSP los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás

negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial, que a estos efectos y como se cita en el Informe 25/08, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, relativo al “*Régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local*”, se adjudicarán por los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales, como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, que son los que resultan de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan y, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas declaradas no básicas.

Por otro lado, el apartado 1 del artículo 44 de la LCSP contempla que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: contratos de obras, de suministro y de servicios, o acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos anteriores, así como los contratos basados en cualquiera de ellos, en función de la superación de los umbrales económicos previstos en el mismo apartado; así como los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

En consecuencia con lo anterior, el contrato que nos ocupa no puede subsumirse en las tipologías de contratos objeto de recurso especial, careciendo este Tribunal de competencia para conocer de los recursos presentados.

Todo ello sin perjuicio de que las cuestiones planteadas en los dos primeros recursos, que afectan además a un acto no recurrible por tratarse de un acto de trámite no cualificado, no versan sobre la aplicación de la normativa de contratación, por lo que este Tribunal sería asimismo incompetente, por razón de la materia, para entrar al conocimiento de los mismos.

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.- Acumular los recursos especiales interpuestos por las representaciones legales de Cerro del Espino Soc. Coop. Mad. y Consultores, Urbanismo y Gestión del Sur, S.L. y por la representación legal de Vivir en Torre del Sol, Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas, contra los acuerdos de la mesa de contratación de fechas 25 de noviembre de 2022 y 16 de diciembre de 2022, en el marco del contrato para la “Enajenación de tres parcelas en el Plan Parcial 5 de Leganés, propiedad de Emsule, SAU, para la financiación de construcción de viviendas de protección pública en régimen de alquiler en las parcelas VP3 y VP4 en el Plan Parcial 4 “Puerta de Fuenlabrada” que se integrarán en el Patrimonio de Emsule y consecuentemente en el patrimonio del Ayuntamiento de Leganés”, número de expediente 04PA/2022.

Segundo.- Inadmitir los citados recursos especiales en materia de contratación por carecer este Tribunal de competencia para su resolución.

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 multa prevista en el artículo 58 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.