

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

En Madrid, a 2 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fantasía Extraescolares, S.L. contra el Decreto de 1 de febrero de 2023, de la Concejala – Presidenta del Distrito de Villaverde, adoptado por delegación, por el que se adjudica el contrato “Campamentos urbanos del distrito de Villaverde”, número de expediente 300/2022/00471, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 25 de noviembre de 2022 en el DOUE y el 27 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.

El valor estimado de contrato asciende a 1.198.086,43 euros y su plazo de duración será del 3 de marzo de 2023 hasta el 1 de agosto de 2024, prorrogable por un máximo de un año.

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

Segundo.- Tramitado el procedimiento de licitación, mediante Decreto de 1 de febrero de 2023 se adjudica el contrato a 7 Estrellas Educación y Ocio S.L.U.

Tercero.- El 22 de febrero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Fantasía Extraescolares, S.L., en el que solicita que se declare la nulidad del procedimiento por encontrarse viciado por irregularidades al incumplir los requisitos formales de la convocatoria.

El 27 de febrero 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, el levantamiento de la medida cautelar y la imposición de multa al recurrente.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida 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.

El órgano de contratación solicita que se deje sin efecto la suspensión automática prevista en la ley debido a la imperiosa necesidad de dar continuidad al servicio que se inicia el próximo 3 de marzo de 2023, no obstante, este Tribunal no se pronuncia sobre dicha solicitud al pasar directamente a resolver el fondo del asunto.

Quinto.- 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 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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 1 de febrero de 2023, publicado el 2 e interpuesto el recurso el 22 de febrero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- Se acredita la representación del firmante del recurso.

Mención especial merece la legitimación de Fantasía Extraescolares, S.L. para interponer el recurso pues está clasificado en cuarto lugar y solo realiza alegaciones respecto de los dos primeros clasificados. No obstante, como manifiesta que ha habido contaminación de las ofertas procede analizar esta alegación, pues en caso de estimarse podría llevar a la anulación del procedimiento de licitación.

Quinto.- Manifiesta el recurrente que Arci Nature Intervención Social, S.L.U., clasificado en segundo lugar, ha hecho mención al personal con formación en primeros auxilios, parte reservada para el sobre 3 y no para el sobre 2, tal y como recoge el PCAP, que indica que la información sobre el personal con formación en primeros auxilios destinados al proyecto forma parte de los criterios evaluables en cifras y porcentajes:

“B. Criterios Técnicos. Hasta 50 puntos

[...]

B.2.- Profesionales con formación en primeros auxilios (hasta 30 puntos) con el objetivo de incrementar la calidad del servicio se valorará que los profesionales de cada uno de los centros cuenten con formación en primeros auxilios, para dar una respuesta adecuada si fuera preciso.

- 3 profesional de cada centro cuenta con dicha formación. 30 puntos*
- 2 profesional de cada centro cuenta con dicha formación. 15 puntos*
- 1 profesional de cada centro cuenta con dicha formación. 0 puntos”.*

Señala el recurrente que el proyecto de Arci Nature Intervención Social, S.L.U., en su página 23 indica lo siguiente:

“Leve: el monitor o la monitora con conocimientos de primeros auxilios realizarán las curas o actuaciones pertinentes y dará parte al coordinador para que este hecho sea comunicado a la familia”.

Opone el órgano de contratación que sorprende que la empresa licitadora Fantasía Extraescolares, S.L. considere que Arci Nature Intervención Social, S.L.U. deba ser excluida por este motivo ya que en el proyecto educativo presentado por Fantasía Extraescolares, S.L mencionan en su página 32: *“En caso de accidente menor, el coordinador/a y los monitores y monitoras dispondrán del botiquín completo aportado por FREMAP para efectuar los primeros auxilios y curas básicas.”.*

Considera que Arci Nature Intervención Social, S.L.U. no desvela cuantos profesionales de cada centro contarán con dicha formación por lo que no está

facilitando información que deba incluirse en el sobre C sino en el sobre B.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si efectivamente ha habido vulneración del principio de secreto de las ofertas y, con ello, de la objetividad de la valoración y del tratamiento igualitario de los licitadores.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 157 de la LCSP establece *“Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”*.

Así mismo, el artículo 139.2 señala que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación”*.

En este sentido, el criterio establecido por el legislador no tiene un carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la valoración de criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas.

La resolución del TACRC número 916/2016, de 11 de noviembre, resume adecuadamente el criterio mantenido por la jurisprudencia y por el propio TACRC *“En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente*

Resolución 1108/2015: “Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquéllos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011). Esto, no obstante, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, ‘siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal’ (Resolución 233/2011). En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas. Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado

el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: “Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

La conclusión definitiva es que aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores”.

De acuerdo con esta doctrina no cabe la exclusión del licitador por incluir cualquier información del sobre 3 en el sobre 2, sino únicamente cuando comprometa la objetividad de la valoración de las ofertas.

En el presente caso es sorprendente la alegación del recurrente, tan carente de fundamento, pues se limita a transcribir un párrafo de la oferta técnica sin argumentar en qué ha influido la documentación incorporada al sobre 2 que, según su criterio, debería constar en el sobre 3, ya que, como dice el órgano de contratación, no desvela cuantos profesionales de cada centro contarán con dicha formación, que es lo que se valora como criterio automático, por lo que no ha facilitado información que deba incluir en el sobre C sino en el sobre B, pues el citado párrafo se refiere a los protocolos de actuación en caso de accidente.

En consecuencia, se desestima esta pretensión del recurrente.

Por lo que se refiere al resto de alegaciones, solicitando la exclusión de los dos primeros clasificados, no está el recurrente legitimado, pues ante una eventual estimación de las mismas ningún beneficio le reportaría al encontrarse clasificado en cuarto lugar y no manifestar nada en relación con el tercer clasificado.

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, o 87/204, de 11 de junio, 22/2015 de 4 de febrero), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010, de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de*

legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente se desestima el recurso.

Por último, el órgano de contratación considera que existe mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que solicita la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP por cuanto la continuidad del servicio que se presta desde hace más de 10 años sin interrupción se ve gravemente afectada por la interposición del recurso, particularidad que es conocida plenamente por el recurrente, actual adjudicatario del contrato en prórroga que finaliza el próximo día 2 de marzo.

El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el 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 ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la*

conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): “La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.

En el presente caso nos encontramos ante un recurso que pretende la anulación del procedimiento por irregularidades en el mismo, fundamentando en la inclusión en el sobre 2 de documentación que debería estar en el sobre 3, pero sin llegar a cabo argumentación o razonamiento lógico que sustente su postura, por ello este Tribunal desestima esa pretensión. También solicita la exclusión de los 2 primeros licitadores alegando que los proyectos técnicos de estas empresas no cumplían con la extensión exigida en el PCAP, sin embargo, no realiza ninguna alegación respecto al tercer clasificado por lo que, ante una hipotética estimación de sus pretensiones, ningún beneficio le reportaría, pues al estar clasificado en cuarto lugar no resultaría adjudicatario.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que, si bien es cierto que el recurso es

temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

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 Fantasía Extraescolares, S.L. contra el Decreto, de 1 de febrero de 2023, de la Concejala – Presidenta del Distrito de Villaverde, adoptado por delegación, por el que se adjudica el contrato “Campamentos urbanos del distrito de Villaverde”, número de expediente 300/2022/00471.

Segundo.- Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP en la cantidad de mil euros.

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.