

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

En Madrid, a 16 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Chamartín Sports S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 3 de febrero de 2023, por el que se admiten las ofertas presentadas al contrato de “concesión de servicios para la construcción y explotación de la instalación deportiva básica - Padel Arroyo del Fresno”, número de expediente 108/2022/01798, promovido por la Junta de Distrito de Fuencarral- El Pardo, del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 30 de diciembre de 2022 y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid el 1 de enero de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento restringido con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 26.100.890,60 de euros y su plazo de duración será de 30 años.

A la presente licitación se presentaron 3 licitadores, entre los que no se encuentra el recurrente.

Segundo.- El plazo de licitación a este contrato terminaba el 31 de enero a las 23:59 horas.

Con fecha 31 de enero de 2023 y hora 11:34, se advirtió un problema en la configuración de los sobres que fue subsanado tres minutos después, esto es, a las 11:37 minutos.

En esos 3 minutos, el único impedimento técnico de carácter informático que se produce es la inhabilitación del módulo de presentación de ofertas.

Esta incidencia técnica, inadvertida para muchos por su brevedad, no impidió a tres licitadores presentar su oferta en plazo.

Tercero.- El 1 de marzo de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Chamartin Sports S.L., en el que solicita que se anule el procedimiento de licitación ante la imposibilidad de presentación de ofertas y que dio lugar a dos anuncios en la PCSP que daban a conocer este problema, sin fecha ni hora de resolución, lo que llevó a considerar que se iniciaría un nuevo plazo de licitación.

El 8 de marzo 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).

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 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 potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 3 de febrero de 2023, practicada la notificación el 9 de febrero de 2023, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 1 de marzo de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en dos motivos, el primero de ellos el error técnico en la plataforma de contratación, que produce la anulación de los pliegos y crea una total inseguridad jurídica.

Manifiesta el contenido del anuncio en el propio pliego de condiciones publicado:

- *“Motivo de la anulación: Otro*
- *Errónea configuración de los sobres en el procedimiento restringido que impide que se completa la acción por los licitadores interesados*
- *El anuncio anulado fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 2-1-2023 a las 10:36 horas”.*

Informa al Tribunal que se encontraba resolviendo distintos problemas técnicos derivados de la presentación de solicitudes de participación cuando accedió a dicha publicación en la Plataforma, lo cual le llevo a entender:

- a) Que existían problemas técnicos derivados de la configuración de los sobres, al tratarse de un procedimiento restringido.
- b) Que los pliegos habían sido anulados, consecuencia lógica del error técnico mencionado.

Incluye una imagen de la pantalla en la que se puede apreciar como al margen derecho del anuncio de licitación figura el texto *“anulado”*.

Considera que esta forma de publicitar la existencia de un problema técnico solo ha creado inseguridad jurídica, pues ha llevado a entender que el anuncio de licitación ha sido anulado y con él la convocatoria.

El órgano de contratación a este respecto considera, en primer lugar, la falta de legitimación del recurrente, al no ser parte en el procedimiento de licitación por falta de presentación de oferta. Añade, asimismo, que el acto recurrido nada tiene que ver

con los hechos relatados, pues el acuerdo de admisión de las propuestas no adolece de error alguno, al haber descriptado únicamente las presentadas.

El órgano de contratación informa al Tribunal, de forma muy pormenorizada y clara, de las actuaciones que han de llevarse a cabo para poder rectificar en la PCSP la configuración de los sobres/archivos que contienen la propuesta. En el caso que nos ocupa se habían configurado tres sobres, como es costumbre en el procedimiento abierto, en lugar de un primer sobre que facultará la invitación a presentar oferta a determinados licitadores, como ocurre en el procedimiento restringido.

Manifiesta, asimismo, que el recurrente debería haber mostrado más diligencia y haber mantenido comunicación bien con la propia plataforma o bien con ellos, al fin de identificarse como potencial licitador.

Es más, considera que visto el error debería haber comprobado en el resto del plazo de licitación (en torno a 12 horas) la situación de la licitación para actuar en consecuencia.

Considera en definitiva que la falta de diligencia no puede producir otro efecto que la falta de legitimación del recurrente.

Como segundo motivo del recurso, Charmartín Sports, S.L. considera que la falta de motivación en la anulación de los pliegos ha tenido como consecuencia la limitación de la concurrencia.

Indica que accediendo a los pliegos de condiciones desde la “anulación” solo se podía leer *“Documento no accesible: El documento solicitado no se encuentra disponible porque el anuncio que lo contiene ha sido anulado por el órgano de contratación o la licitación ha sido archivada por el administrador”*.

A mayor abundamiento indica que no ha existido ni nota aclaratoria, ni documento alguno que indicase el motivo por el que se anulaban los pliegos de condiciones ni cuál era el alcance del problema técnico.

A la vista de los hechos, considera que el órgano de contratación debería haber ampliado el plazo de presentación de ofertas motivando suficientemente tanto los problemas producidos como la nueva fecha de término de la licitación.

Indica al Tribunal, que, transcurridos varios días, sin recibir alerta o mensaje alguno sobre este tema, contactó con el órgano de contratación el cual le informó de que el procedimiento de contratación no había sido suspendido y se encontraba en tramitación.

Considera en definitiva que: *“Todo ello tuvo como consecuencia directa la de crear una virtualidad o apariencia de anulación de los pliegos y consecuente suspensión del procedimiento, que llevó a la no presentación de la solicitud ya preparada por parte de mi representada, como ha quedado acreditado supra. Esta consecuencia no se puede inscribir más que en una potencial restricción injustificada de la concurrencia, puesto que el error no se debió al mismo licitador, sino a un actuar carente de toda diligencia por parte del órgano de contratación”*.

Siendo ésta la verdadera causa del recurso, la ausencia de actuaciones por parte del órgano de contratación que evitaran la limitación de la concurrencia ante el *“mensaje”* que arrojaban los pliegos de condiciones publicados en el perfil de contratante y que no era otro que su anulación.

Por todo ello el recurrente considera que nos encontramos ante un vicio de nulidad del artículo 47.1 letra e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

El órgano de contratación, en su defensa, informa que el problema técnico, que

no jurídico, se solventó en apenas tres minutos. Que dicho problema, al carecer de un trasfondo jurídico, no puede derivar consecuencias de la misma índole.

Reitera que la falta de diligencia en comunicar su situación de potencial licitador, ni a la plataforma ni al Distrito, exonera a este de cualquier comunicación con él, por imposible, al no conocer de la intención de participar en la concesión que nos ocupa de esta u otras empresas.

Manifiesta que las tres licitadoras también se toparon con la incidencia, siendo evidenciada por una de ellas, lo que produjo la inmediata reacción para su solución por parte del Distrito.

Mantiene y avala con distintas resoluciones de Tribunales de Contratación que la inseguridad jurídica no se aprecia en este caso, entre otras razones por no afectar al ámbito jurídico sino al ámbito técnico.

Por último, niega la limitación de la competencia e incluso proclama el deseo de que se hubieran presentado más propuestas a esta contratación.

Vistas las posturas de las partes este Tribunal considera que en cuanto a la pretendida falta de legitimación del recurrente por parte del órgano de contratación debemos recordar el textual del artículo 48 de la LCSP recogido en el fundamento segundo de derecho de esta resolución, cuya amplitud permite considerar al recurrente como potencial licitador.

No debemos olvidar que siendo el criterio del legislador considerar el requisito de legitimación de una manera amplia, no restringido siquiera solo a los licitadores, y siendo el principio orientador para su aplicación el *pro actione*, también cabe recordar que el mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación para el ejercicio de acciones, salvo en aquellos ámbitos del ordenamiento para los que expresamente se haya contemplado una acción pública.

Procede señalar que del artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, se desprende que ésta tiene por objetivo permitir la interposición de recursos eficaces contra las decisiones de las entidades adjudicadoras incompatibles con el Derecho de la Unión. Según el apartado 3 del citado artículo, los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre este concepto en 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, 252J, F.3; 173/2004, de 18 de octubre, RTC 2004, 173J, F.3; y 73/2006, de 13 de marzo, RTC 2006, 73J, 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, 45J, F 4)”.

Con carácter general, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada en Sentencias como la de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico 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. En cuanto a la necesidad de que la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo, exige que el interés invocado sea real y actual.

Esta situación se da en el actual procedimiento, el interés por participar en la licitación queda suficientemente acreditado no solo con la captura de pantalla en la que figura al margen del anuncio de la convocatoria la leyenda “*anulado*” sino también en el contacto que ha existido con el órgano de contratación, la revisión del perfil de contratante y la actuación inmediata al conocimiento de la celebración de la mesa de contratación.

Distinta cuestión es la elección del acto recurrible, en este caso los acuerdos adoptados por la mesa de contratación, celebrada el 3 de febrero de 2023, por los que se desenscriptan las propuestas de participación y se admiten.

El acto sobre el que recae el recurso no es este, sino la modificación del anuncio de licitación publicada con posterioridad al primero de ellos que fue anulado, hecho indiscutido por las partes, aunque el órgano de contratación lo rebaje a problema técnico.

Efectivamente de los documentos publicados en el perfil de contratante del

Distrito Fuencarral- El Pardo, alojado en la PCSP y único vehículo existente para cumplir con los principios de publicidad en las licitaciones, el primer anuncio de la convocatoria al contrato que nos ocupa fue anulado. Esa y no otra es la realidad aunque sea consecuencia de la configuración de la plataforma. Prueba de ello es el sello de tiempo que se comprueba en el perfil de contratante en cuanto al anuncio de licitación y que es del 31/01/2023 11:38:07. Por lo que, en consecuencia, provoca un nuevo plazo de licitación.

La licitación a través de plataformas digitales ha supuesto un gran avance en la gestión pero a la vez, en ocasiones, como en la que nos encontramos, provoca efectos no deseados. No podemos dejar de mencionar que esta situación se debe a una mala configuración de los sobres por los técnicos municipales, de no haberse producido ese error atribuible única y exclusivamente al órgano de contratación, no existiría controversia.

Es evidente que si en el momento de presentación telemática de una oferta surgen problemas técnicos, y en el transcurso de ese espacio de tiempo se publica una anulación de la convocatoria, el licitador asume que los problemas sufridos han dado como consecuencia la anulación de ésta. Esta concatenación de hechos puede explicar que no accediera a los mecanismos de comunicación existentes en la PCSP ni se dirigiera al órgano de contratación. Labores que sí acometieron el resto de licitadores, pes fueron ellos mismos los que alertaron del problema.

No compartimos con el órgano de contratación que podamos exigir a dicho licitador que vuelva a comprobar de forma continuada si la convocatoria ha sido nuevamente publicitada. No son actuaciones lógicas cuando media un aviso de anulación de la convocatoria.

La actuación del órgano de contratación, provocada por la propia arquitectura del sistema, ha creado una innegable situación de inseguridad jurídica a los potenciales licitadores, que en ningún caso conocían el alcance temporal de la

solución del problema.

No podemos obviar el hecho de que aun hoy en el perfil de contratante el anuncio de licitación recoja una llamada sobre su anulación y que se encuentre fechada a 2 de febrero.

Es evidente que la modificación del anuncio de licitación y, por ende, de la convocatoria modifica asimismo el plazo de presentación de ofertas, debiendo éste iniciarse nuevamente con la consiguiente modificación del plazo de licitación.

No es admisible la postura defendida por el Distrito de que se trata de un defecto técnico y no jurídico, por lo que no puede tener consecuencias en este último ámbito. No se trata de un defecto de funcionamiento de la plataforma digital, sino un defecto de la convocatoria, que sí desemboca en una consecuencia jurídica.

En consecuencia, este Tribunal considera que la anulación de la convocatoria de la licitación en sí misma y sin considerar el tiempo transcurrido entre la primera y segunda convocatoria, debe dar lugar al inicio nuevamente del plazo de licitación, en este caso de presentación de solicitudes a participar en el procedimiento restringido. Toda vez que el inicial plazo se ha visto afectado de una reducción de tiempo del inicialmente concedido para la presentación de las solicitudes de participación.

Por todo ello se acuerda la anulación de los actos efectuados desde el anuncio de la convocatoria de la licitación, ordenándose la publicación de una nueva convocatoria e inicio de su correspondiente plazo de licitación, que no será inferior a treinta días naturales desde la publicación en el DOUE, de conformidad con lo establecido en el artículo 161.1 de la LCSP.

Este Tribunal no se manifiesta sobre la adopción de medidas cautelares al haber entrado al conocimiento del recurso directamente.

En cuanto a la multa en su grado máximo solicitada por el órgano de contratación así como la indemnización por daños y perjuicios en la misma cuantía de la tasa abonada, la estimación del recurso hace inviable su consideración.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Chamartín Sports S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 3 de febrero de 2023, por el que se admiten las ofertas presentadas al contrato de “concesión de servicios para la construcción y explotación de la instalación deportiva básica - Padel Arroyo del Fresno”, número de expediente 108/2022/01798, promovido por la Junta de Distrito de Fuencarral- El Pardo, del Ayuntamiento de Madrid, en los términos descritos en el fundamento quinto de esta resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- 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.