

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

**Madrid, 26 de octubre de 2023**

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la UTE POLARIS (conformada por las siguientes sociedades: Home Comunicación, S.L.; Promoción y Producción de Ferias, S. L.; Bclubber App, S.L.; Fools Entertainment, S.L.; Producciones Yllana, S.L.; Project Arte Producciones. S.L.; A. Garcia Grupo, S.L. e Infraestructura y Desarrollo de Espectáculos y Acontecimientos, S.L.), contra el Acuerdo de adjudicación del contrato de “concesión de servicios para la gestión y explotación del Parque ‘Mágicas Navidades’ de Torrejón de Ardoz”, número de expediente PA 81/2023, a Productores de Sonrisas, S.L., este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES**

**Primero.-** El 14 de julio de 2023 la representación de la UTE POLARIS, Promoción y Producción de Ferias, S.L. (en adelante POLARIS), presenta recurso especial en materia de contratación (Recurso 285/2023), en el que se solicita anular los acuerdos de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, de fecha 14 de junio de 2023, por los que se le excluye del procedimiento restringido de licitación, y como consecuencia del anterior, se declara la prohibición para contratar con la Administración Pública por periodo de seis meses a una de las

entidades integrantes de la UTE Polaris, Promoción y Producción de Ferias, S.L., en el procedimiento restringido del contrato de “concesión de servicios para la gestión y explotación del Parque ‘Mágicas Navidades’ de Torrejón de Ardoz”, número de expediente PA 81/2023. En fecha 10 de agosto se dicta Resolución 307/2023 por este Tribunal en la que se acuerda:

*“procede la estimación del recurso con retroacción de actuaciones para que el recurrente pueda continuar en el procedimiento, anulando los acuerdos de la Junta de Gobierno de 14 de junio de 2023”.*

*“Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la representación de la UTE POLARIS (conformada por las siguientes sociedades: Home Comunicación, S.L, Promoción y Producción de Ferias, S.L, Bclubber App, S.L, Fools Entertainment, S.L, Producciones Yllana, S.L, Proyect Arte Producciones, S.L, A. Garcia Grupo, S.L, Infraestructura y Desarrollo de Espectáculos y Acontecimientos, S.L.), contra su exclusión del procedimiento restringido del contrato de “concesión de servicios para la gestión y explotación del Parque ‘Mágicas Navidades’ de Torrejón de Ardoz”, número de expediente PA 81/2023, anulando los acuerdos de la Junta de Gobierno de 14 de junio de 2023”.*

**Segundo.-** Simultáneamente en fecha 14 de julio se presenta otro recurso especial en materia de contratación (Recurso 301/2023 ) contra el acuerdo de continuar el procedimiento restringido con la otra licitadora, Productores de Sonrisas, S.L., sobre el mismo este Tribunal en fecha 10 de agosto acuerda (Resolución 315/2023):

*“Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la representación de la UTE POLARIS ( conformada por las siguientes sociedades: el HOME COMUNICACIÓN SL, PROMOCIÓN Y PRODUCCIÓN DE FERIAS SL, BCLUBBER APP SL, FOOLS ENTERTAINMENT SL, PRODUCCIONES YLLANA SL, PROYECT ARTE PRODUCCIONES SL, A. GARCIA GRUPO SL, INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO DE ESPECTÁCULOS Y ACONTECIMIENTOS SL.) contra el acuerdo de continuidad con la empresa PRODUCTORES DE SONRISAS, S.L. del procedimiento restringido del contrato de “concesión de servicios para la gestión y explotación del Parque “Mágicas Navidades” de Torrejón de Ardoz”, número de expediente PA 81/2023”.*

**Tercero.-** La Mesa de contratación acuerda en ejecución *“Se da cuenta de la resolución número 307/2023 Recurso: 285/2023 en la que se acuerda retrotraer las actuaciones del expediente PA 81/2023, anulando los acuerdos de la junta de gobierno del 14 de junio de 2023 y por tanto admitir al procedimiento restringido a la UTE POLARIS. Se cursará invitación a las empresas admitidas”*.

**Cuarto.-** Con fecha 14 de septiembre de 2023, se plantea incidente de ejecución de POLARIS impugnando la ejecución de la Resolución 307/2023, en la que se insta la nulidad del acuerdo de la Mesa de contratación por la que se invita a presentar proposición a los dos licitadores en liza: *“acuerde la nulidad o subsidiariamente anulabilidad del acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación para la citada Resolución, acordándose la valoración de la oferta presentada por PRODUCTORES DE SONRISAS S.L., con fecha 18 de julio de 2023”*. Se insta también la suspensión cautelar del procedimiento de ejecución.

**Quinto.-** Habiéndose dado traslado del incidente para alegaciones al órgano de contratación, el mismo presentó un escrito en fecha 25 de septiembre contestando a todas las formuladas por el ejecutante, que coinciden con sus alegaciones en el recurso.

**Sexto.-** En fecha 15 de septiembre POLARIS presenta recurso especial en materia de contratación contra la actuación de la Mesa de contratación instando su nulidad, la acumulación al incidente de ejecución y la suspensión de la misma. Impugnando la misma actuación que en el incidente de ejecución se da por cumplido el trámite de presentación del informe y remisión del expediente, que es el mismo.

**Séptimo.-** En fecha 28 de septiembre este Tribunal resuelve el incidente de ejecución desestimándolo.

**Octavo.-** En fecha 11 de octubre este Tribunal dicta Resolución 372/2023 inadmitiendo el recurso especial en materia de contratación 352/2023 contra la

invitación a presentar proposiciones a los dos licitadores.

**Noveno.-** Tras el trámite legal el órgano de contratación dicta Resolución el 22 de septiembre por la que acuerda la adjudicación del contrato a Producciones de Sonrisas, S.L. El mismo día se publica en la Plataforma de contratación del sector público. Según la propuesta de adjudicación las puntuaciones totales han sido:

EMPRESA	JUICIO DE VALOR	CRITERIOS AUTOMÁTICOS	TOTAL
PRODUCTORES DE SONRISAS, S.L.	37,8	47,18	84,98
UTE POLARIS	29,15	52,00	81,15

El desglose en la puntuación de criterios automáticos es:

EMPRESA	CANON	PRECIO ENTRADAS	PRECIO EXPERIENCIA	TOTAL
PRODUCTORES DE SONRISAS, S.L.	31,18	10,00	6,00	47,18
UTE POLARIS	36,00	10,00	6,00	52,00

Y en juicios de valor:

CONCEPTO	PUNTUACIÓN MÁX. APARTADO	PUNTUACIÓN PRODUCTORES DE SONRISAS	PUNTUACIÓN UTE POLARIS
APARTADO A.1 – PROYECTO	30	22.8	18.9
APARTADO A.2 – PLAN DE MARKETING Y PUBLICIDAD	8	7	5.5
APARTADO A.3 – PLAN DE PATROCINIO Y COLAB.	10	8	4.75
<b>PUNTUACIÓN TOTAL SOBRE B</b>	<b>48</b>	<b>37.8</b>	<b>29.15</b>

**Décimo.-** En fecha 13 de octubre POLARIS presenta recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación, en la que se insta lo siguiente:

a) En relación con lo expuesto en el fundamento jurídico primero: i) se declare la nulidad de pleno derecho de los pliegos de condiciones administrativas en relación con la presentación manual de las solicitudes de participación; ii) subsidiariamente, se anule el acuerdo de adjudicación por imposibilidad de acreditar la integridad de la documentación presentada en relación con la solvencia técnica y económica de la adjudicataria.

b) En relación con lo expuesto en el fundamento jurídico segundo: se declare la nulidad del acto de adjudicación por no contar la entidad adjudicataria con la solvencia técnica suficiente propia y cedida en relación con el objeto del contrato.

c) En relación con lo expuesto en el fundamento jurídico tercero: i) se declare la nulidad de la cláusula que establece la fórmula para evaluar de forma objetiva el canon ofertado por las licitadoras; ii) subsidiariamente, se declare nulo el acto de adjudicación por infracción del artículo 146.2.a), debiendo realizarse la ponderación de los criterios subjetivos por un comité formado por tres expertos o un organismo técnico especializado e imparcial.

d) En relación con lo expuesto en el fundamento jurídico cuarto: se declare la nulidad o subsidiariamente anulabilidad del acto de adjudicación en relación con la incorrecta ejecución de la resolución nº 307/2023, de 10 de agosto, de este Tribunal, por vulneración de los principios de igualdad, transparencia y no discriminación.

e) En relación con lo expuesto en el fundamento jurídico quinto: se declare la nulidad del acto de adjudicación por quiebra del principio de seguridad jurídica y por la indefensión generada en vía administrativa en relación con los defectos insubsanables del expediente administrativo.

e) En el momento procedimental oportuno, a la vista completa del expediente, se valorará la impugnación adicional de irregularidades que podrían subyacer en relación con la valoración cuya ponderación depende de criterios evaluables por juicio de valor.

Se solicita vista del expediente y en particular de la oferta técnica de Productores De Sonrisas, S.L, para “evaluar la necesidad de impugnar la valoración subjetiva”. También se insta suspensión del procedimiento.

**Undécimo.-** En fecha 19 de octubre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

**Duodécimo.-** Habiendo dado traslado para alegaciones a Productores de Sonrisas, S.L, las presenta el 25 de octubre.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**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 se ha interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP, desde la publicación del acuerdo del órgano de contratación el 22 de septiembre, presentándose el recurso el 13 de octubre.

**Tercero.-** POLARIS se encuentra legitimada para recurrir la adjudicación, como participante en la licitación, ex artículo 48 de la LCSP.

**Cuarto.-** El contrato de concesión de servicios es recurrible por su cuantía (artículo 44.1. c) LCSP) al igual que la adjudicación (artículo 44.2 .c) LCSP).

**Quinto.-** Procede en primer lugar referir a la solicitud de vista del expediente. Mantiene el recurrente que se ha producido una “*palmaria*” limitación del acceso completo al contenido íntegro del expediente que limita el ejercicio de la defensa y, por tanto, solicita el acceso íntegro a fin de visualizar cierta documentación sumamente relevante en el marco de la licitación. Señala que no ha tenido acceso completo al mismo, relatando en primera persona una serie de circunstancias que tuvieron lugar en el acceso al expediente. Se dice que faltaban prácticamente la totalidad de los documentos de la otra licitadora por ser confidenciales, no existiendo resolución alguna en el expediente que declare confidencial la documentación: *“la oferta presentada por la otra licitadora carecía de prácticamente la totalidad de documentos que, por cierto, han servido para la calificación realizada por la Mesa de Contratación, por lo que consideramos imprescindible su visualización a efectos eventualmente de oponernos. Preguntamos por dicha cuestión a lo que se nos contestó que toda la documentación que faltaba era confidencial y, por ello, no podíamos visualizarla”*.

Contesta el órgano de contratación con cita de la normativa de aplicación y reseñando la documentación declarada confidencial por los licitadores:

**“PRODUCTORES DE SONRISAS**

- A.1. *PROYECTO Productores de Sonrisas: Página 33.*
- A.2. *Plan de Marketing y Publicidad Productores de Sonrisas: Página 1 a la 109.*
- A.3. *Plan de Patrocinio y Colaboraciones Productores de Sonrisas (CONFIDENCIAL) 1: Página 1 a la 22.*
- A.1. *Proyecto ANEXO II Proveedores: Proveedores Janto Productores de Sonrisas: Página 1 a la 36.*

**UTE POLARIS**

*Declara confidencial toda la oferta mediante anotación al margen de cada página, que consta de 305 páginas excepto las páginas 228 a 233”*.

Añade que *“sorprende sobremanera que la recurrente, que ha declarado confidencial prácticamente toda su oferta, alegue ahora que debe acceder a la totalidad del expediente. Tal circunstancia es contraria a la buena fe y a la doctrina de los actos propios. No puede desconocerse un principio general del Derecho, como es la doctrina de los actos propios”*.

Cita la Resolución 254/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que: *“Además, como alega el órgano de contratación, la empresa recurrente AÑO declaró confidencial todo el contenido de su oferta, por lo que pretender ahora acceder al contenido de un determinado documento de la oferta de la empresa adjudicataria, supone ir contra sus propios actos”*.

*“Debe observarse que la declaración de confidencialidad no afecta a toda la oferta, y que dicha documentación es totalmente suficiente para su defensa y alegaciones, no produciéndose indefensión en ninguno de los casos”*.

Reseña doctrina contractual sobre la naturaleza instrumental del acceso al expediente.

Alega Productores de Sonrisas sobre la naturaleza instrumental de este acceso al expediente, y recuerda las Sentencias del Tribunal Supremo de 31/10/1991, 16/12/1991 y 5/03/1998 para las cuales *“el principio de la buena fe se opone que a que solicite acceso a la documentación de los demás licitadores cuando el recurrente también ha declarado confidencial la misma documentación en su proposición porque quien pretende para sí mismo un determinado efecto jurídico derivado de la norma debe pretender lo mismo para los demás, siendo contrario a la buena fe obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende”*. POLARIS ha tenido toda la información necesaria para formalizar el recurso, como muestra su propia extensión de 56 folios.

Tal y como consta en el expediente administrativo remitido, comprueba este Tribunal, en fecha 18 de septiembre POLARIS solicita vista del expediente: *“que en la mayor brevedad posible se nos autorice la vista al expediente de las ofertas*

*recibidas, en especial aquella oferta recibida por parte de la empresa propuesta como adjudicataria”.*

En acta de la Mesa de Contratación de fecha 19 de septiembre a las 09:25 horas se declara la confidencialidad de la documentación arriba reseñada. La firma es manual. Se comprueba por este Tribunal su correspondencia con lo así declarado por los licitadores, en los expedientes remitidos.

Efectivamente, en las 305 páginas del proyecto de la UTE POLARIS figura la leyenda *“este documento es confidencial”*.

Mientras de Productores de Sonrisas se declara confidencial el documento de la página 33 del Proyecto A y el Anexo del mismo sobre proveedores, Janto, que es una herramienta de venta de entradas; el Plan de Marketing y Publicidad, y el Plan de Patrocinio y Colaboradores.

En fecha 29 de septiembre tiene lugar la vista, durante la cual bajo firma del responsable se acredita que se les informa a los visitantes que pueden solicitar copia de todos los documentos no declarados confidenciales, así como no pueden realizar fotografías de ningún documento, *“llevándose copia de todo el expediente incluida la solicitud de participación de Productores de Sonrisas, así como la oferta técnica en la parte no confidencial”*.

En fecha 6 de octubre se cuelga en la Plataforma de Contratación del Sector Público el acta con el informe técnico sobre valoración de los criterios no automáticos, que obra igualmente en el expediente. Este informe extremadamente detallado y extenso, proporciona información detallada sobre las ofertas técnicas de ambos licitadores, por separado y conjuntamente en una evaluación comparativa, suficiente para permitir fundamentar la impugnación de la valoración de criterios de juicios de valor.

Sobre los elementos del expediente existen las siguientes diferencias en la puntuación de ambos licitadores.

En el Proyecto (apartado A1), 22,8 Productores y 18,9 POLARIS, sobre un total de 30 puntos, subdividido en 4 áreas de 7,5 puntos cada uno, según respuesta a los licitadores publicada en fecha 25/08. De este apartado solo se niega la vista de la página 33 y el anexo de proveedores referido al sistema de venta de entradas. Este sistema se encuentra descrito en el informe técnico pero dentro de la valoración del apartado 2 (Plan de Marketing y Publicidad) señalando que es habitual en el mercado, y se encuentra dentro de un epígrafe de *“experiencia del cliente”* que tiene una puntuación global por muchos conceptos de 1 punto. Esa documentación excluida por ser confidencial no tiene influencia alguna en la valoración del apartado A.

En el apartado 2 (Plan de Marketing y Publicidad), Productores obtiene 7 puntos y POLARIS 5,5. La documentación de este apartado se declara confidencial. En el informe técnico se subdivide la evaluación en 8 epígrafes y se realiza para cada uno una explicación descriptiva detallada y extensa de las ofertas de ambos licitadores con sus respectivas puntuaciones, concluyendo con una comparativa general entre ambas. Sin perjuicio de la discrecionalidad técnica, de la descripción es posible una evaluación crítica comparativa sobre eventuales errores materiales, no causando indefensión al recurrente el desconocimiento de esta parte de la documentación de oferta técnica sobre la que se hizo la valoración.

En el apartado 3 (Plan de patrocinio y colaboración) la puntuación va de 8 para Productores a 4,75 de POLARIS. Aquí nuevamente, se realiza una descripción muy detallada de las dos ofertas sobre 10 subapartados en los que se ordena la valoración. Sobre estos elementos es posible articular una defensa, no causando indefensión la omisión de esta documentación confidencial.

A tenor del artículo 133 de la LCSP el acceso al expediente encuentra un límite en la declaración de confidencial de la documentación de los licitadores, que no puede extenderse genéricamente a toda la documentación:

*“Artículo 133. Confidencialidad.*

*1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.*

*El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles”.*

Corresponde al órgano de contratación valorar la declaración de confidencialidad documental de los licitadores, sin perjuicio de que esa declaración pueda ser susceptible de revisión.

En el caso consta acta de la Mesa de contratación en la que declara confidencial la documentación reseñada como tal por los licitadores.

Precisamente POLARIS declara confidencial todo su Proyecto en contra de lo preceptuado en el artículo 133, tal y como ha constatado este Tribunal, siendo contrario a la prohibición de ir contra los propios actos la impugnación de la declaración de confidencialidad de solo parte de la documentación de Productores de Sonrisas. Esta interdicción implica: a) que un sujeto realice una conducta reveladora un determinado comportamiento, en el caso una declaración de voluntad;

b) que posteriormente manifiesta una pretensión distinta: y c) que exista contradicción o incoherencia entre ambas actitudes.

La prohibición de ir contra los propios actos es una manifestación del principio de buena fe y confianza legítima (artículo 7.1 Código Civil) que debe presidir las relaciones jurídicas, y cuya contravención obliga a adoptar las medidas judiciales o administrativas que pongan fin al mismo.

En el caso es claramente incoherente que habiendo declarado confidencial toda su documentación pretenda POLARIS el visionado de toda la documentación de Productores, lo que incluye la documentación de la parte (en su caso menor) que ha declarado confidencial, lo que constituye razón suficiente para su desestimación.

A mayor abundamiento, la omisión de esta documentación parcial no genera indefensión a POLARIS, porque como se ha constatado se encuentra extensamente descrita en el informe técnico al que ha tenido acceso en la vista del expediente y que se encuentra publicado antes de la formalización del recurso, habiendo podido sobre esta información fundamentar la impugnación de las puntuaciones relativas a juicios de valor, cosa que omite en términos absolutos, con lo que la petición decae también desde la perspectiva del carácter instrumental de la consulta del expediente. Una cosa es instar la vista del expediente para completar o ratificar una argumentación jurídica, lo que implica un trabajo previo, y otra muy distinta hacerlo en búsqueda de algo que argumentar, lo que denota que a primera vista no se tiene, puesto que no se argumenta nada en contra de las puntuaciones en juicios de valor.

Procede dar acceso al expediente en sede del Tribunal cuando el mismo se ha negado por el órgano de contratación, o cuando habiendo tenido ese acceso se ha denegado indebidamente la consulta de parte de la documentación (artículo 52 LCSP). Ninguna de ambas circunstancias concurre en el supuesto, pues el recurrente ha tenido acceso al expediente llevándose copia del mismo y sobre la parte no exhibida existe declaración de confidencialidad por el licitador avalada por la Mesa de contratación, no generando indefensión al recurrente por estar las

mismas extensamente descritas en el informe técnico, cuyas valoraciones no han sido contradichas en absoluto.

Procede denegar el acceso al expediente.

**Sexto.-** Volviendo al orden del suplico, se solicita por POLARIS que *“a) En relación con lo expuesto en el fundamento jurídico primero: i) se declare la nulidad de pleno derecho de los pliegos de condiciones administrativas en relación con la presentación manual de las solicitudes de participación; ii) subsidiariamente, se anule el acuerdo de adjudicación por imposibilidad de acreditar la integridad de la documentación presentada en relación con la solvencia técnica y económica de la adjudicataria”*.

Se articula la impugnación indirecta de los Pliegos sobre las siguientes bases:

Expone POLARIS que la presentación de la documentación para participar no es electrónica, sino manual en el Registro del Ayuntamiento (cláusula duodécima Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP)), incumpliendo el Ayuntamiento la obligación de tramitación electrónica, citando como vulneradas las disposiciones adicionales 15ª y 16ª de la LCSP, lo que afecta no solo a la celeridad de las actuaciones sino a la necesaria garantía de su integridad.

Se añade que ni la Mesa de contratación ni el órgano de contratación han hecho constar la documentación presentada por Productores de Sonrisas (actas de 8 de mayo y 13 de junio), lo que hubiera subsanado esa omisión de la garantía de integridad que da la tramitación electrónica por la huella del tiempo, y que lleva a la imposibilidad de acreditar que la cesión de solvencia técnica y económica en favor de Productores de Sonrisas, S.L., se realizó en el momento oportuno y, subsidiariamente imposibilidad de acreditar el contenido de los sobres donde las licitadoras presentaron la solicitud de participación.

La gravedad de estos incumplimientos permite la impugnación indirecta de los Pliegos sobre la doctrina Evigilo, sobre los elementos que la sustentan: a) cuando estos tengan cláusulas incomprensibles o que carezcan de claridad, en los términos de la sentencia del TJUE en el asunto Evigilo, C-538/13; y b) cuando incurren en causas de nulidad de pleno derecho.

Sobre la nulidad de los Pliegos se cita Resolución el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 438/2023 de 13 de abril de 2023 , que anula unos Pliegos por no justificar en el expediente la presentación manual de las proposiciones, la imposibilidad de utilizar medios electrónicos.

La imposibilidad de acreditar que la solvencia de Productores de Sonrisas, S.L., se presentó en el momento oportuno lleva a la nulidad de la adjudicación por falta de solvencia, ex artículo 39 de la LCSP:

*“2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:*

*a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71”.*

Contesta el órgano de contratación que las solicitudes de participación se presentaron en el Registro, donde *“consta fehacientemente la fecha y la hora en la que se presentan, levantándose Acta por la Mesa de contratación de todas las actuaciones llevadas a cabo”*. La presentación de ofertas de los invitados ha sido electrónica.

En cuanto a las dudas vertidas sobre el contenido de la solicitud de participación de Productores, es una constante en los escritos de POLARIS, verter acusaciones infundadas sobre la honorabilidad e integridad de los miembros de la

Mesa. Toda la documentación de Productores de Sonrisas, S.L., obra en los expedientes remitidos al TACPM en los múltiples recursos presentados y ya en el Recurso 285/2023 se informó sobre la solvencia prestada a Productores de Sonrisas, S.L., por terceros, dice el órgano de contratación.

Por otro lado en el informe jurídico del expediente 285/2023 ya se informó por extenso sobre la solvencia de Productores de Sonrisas y la recurrente ya interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal respecto de estas alegaciones, recurso nº 301/2023, el cual fue inadmitido, concluye el órgano de contratación.

Productores de Sonrisas, S.L., alega, que no existe nulidad alguna de pleno derecho por omisión total y absoluta del procedimiento, que se invoca, y tampoco se dan las condiciones de la doctrina Evigilo, que sintetiza de la STJUE de 12/03/2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, que establece unas reglas de gran importancia para el caso debatido, a saber:

- a) En lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador *“tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción”*.
- b) En lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean *“incomprensibles o [carezcan] de claridad”*; cuando un *“licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión”*.

La presentación en el Registro es una cláusula muy clara del PCAP, la duodécima:

*“De acuerdo con el artículo 160 LCSP, cualquier empresa interesada que cumpla con los requisitos podrá presentar una solicitud de participación para el contrato. Las personas candidatas presentarán dentro del plazo treinta días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de*

*Publicaciones de la Unión Europea, únicamente el sobre número 1, firmado y cerrado, de forma que se garantice el secreto de su contenido, en el Registro General de Documentos del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz (Plaza Mayor, 1) en horario de 8:30 a 14:30 horas (horario verano 8:30 a 13:30 horas)”.*

La apertura de solicitudes se realizó en acto público el 8 de mayo, no habiendo formulado protesta alguna la UTE POLARIS, “siendo este el momento preclusivo a que se refiere la STJUE de 12/03/2015, asunto C-538/13 Evigilo, cuando afirma que el plazo preclusivo computa cuando el licitador “tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción”, concluye Productores de Sonrisas, S.L.

Este Tribunal no se ha pronunciado sobre la solvencia de Productores de Sonrisas, S.L., ni sobre el recurso de la empresa a la solvencia de terceros. En el recurso 301/2023, Resolución 315/2023, se pronunció sobre el acto recurrido, el acuerdo de la continuidad en el procedimiento de Productores de Sonrisas con la invitación a presentar proposición, inadmitiéndolo por no ser acto recurrible, entendiendo con el artículo 162 de la LCSP que la invitación “*por escrito*” a presentar proposición no es legalmente un acto público, y, por ende, no es recurrible. En el 285/2023, Resolución 307/2023 sobre la exclusión de POLARIS.

Tal y como dice el recurrente en el acta de 8 de mayo se limita la Mesa a afirmar que la documentación es suficiente y en la de 13 de junio se afirma que Productores de Sonrisas tiene personalidad y cumple los criterios de solvencia, proponiendo por ello que se la invite a continuar en el procedimiento, pero no se detalla en ningún momento la documentación presentada, ni se dicta un acto expreso de admisión del licitador recurrible, que por de lo dispuesto en el artículo 162 de la LCSP tampoco podría ser un acto público.

Este Tribunal no se ha pronunciado sobre la capacidad y solvencia de Productores de Sonrisas, S.L., ni ha dado por válidas las alegaciones vertidas por el Ayuntamiento en informe alguno.

No obstante, no es admisible la alegación de nulidad sobre los extremos consignados en base a la doctrina Evigilo. El empleo del Registro del Ayuntamiento en vez de la presentación electrónica no se encuentra entre los motivos de nulidad de pleno derecho del artículo 39 de la LCSP, ni cabe asimilarlo a omisión total y absoluta del procedimiento. Es un motivo de anulabilidad si no se justifica en el expediente la imposibilidad de la presentación electrónica en los términos de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, que es lo que afirma el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 438/2023 de 13 de abril de 2023, en un recurso contra Pliegos, por cierto.

Por otra parte, las consecuencias que alega el recurrente derivadas de la no presentación electrónica, relativas a la imposibilidad de acreditar la integridad de la documentación presentada, no son circunstancias a cuyo conocimiento se llegue tras el acto de adjudicación, la ausencia de huella del tiempo electrónica va de suyo en la forma de presentación. Es más el mismo ha dirigido diversos escritos a la Mesa de Contratación insinuando extremos relativos al tema antes de la adjudicación.

Su alegación ahora es extemporánea, prevaleciendo el carácter vinculante de los Pliegos y la documentación contractual, que dimana del artículo 139.1 de la LCSP, no cabiendo la impugnación indirecta de los mismos, como hemos afirmado reiteradamente.

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones no cabe la impugnación indirecta de los Pliegos, salvo la concurrencia de los requisitos de la doctrina Evigilo en los supuestos de nulidad de pleno derecho. Así en Resolución núm. 112/2023 de 16 de marzo o núm. 323/2023 de 24 de agosto de este TACPCM:

*“Debemos recordar que la asociación ahora recurrente no presentó recurso contra dichos pliegos, consintiendo el contenido de los mismos, por lo que en este momento procedimental debemos considerar que nos encontramos, como señala la adjudicataria, ante una impugnación indirecta de los pliegos.*

*La doctrina de este Tribunal al respecto se puede resumir en nuestra Resolución 436/2022, de 17 de noviembre donde manifestábamos: “Vistas las*

*alegaciones de las partes, procede destacar que la jurisprudencia viene admitiendo excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refieren la jurisprudencia del TJUE o que incurran en motivos de nulidad de pleno derecho, motivos que se deben apreciar de forma excepcional y restrictiva”.*

Procede la desestimación de este motivo.

Por otro lado, en fecha 28 de abril de 2023 a las 12:24 tiene entrada el sobre 1 de Productores de Sonrisas, S.L., en el Registro del Ayuntamiento. La solicitud se acompaña de tres anexos, con la siguiente documentación, según los archivos remitidos a este Tribunal:

**De Productores de Sonrisas:**

- *Declaración de cesión de solvencia y compromiso de La Vida es un Circo, S.L.*
- *Declaración de cesión de solvencia y compromiso de Sagoskat Inversiones S.L.*
- *Escrituras de constitución y cambio de domicilio social.*
- *Certificado de Buenas ejecución del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz.*
- *Certificado de Madrid Destino, Cultura, Turismo y negocios SA 2008-2013.*
- *Certificado de Madrid Destino, Cultura, Turismo y negocios SA 2014-2015.*
- *Contratos con teatros municipales de Barcelona, Valladolid, Alcorcón, Santiago de Compostela.*
- *Cuentas anuales de 2022.*
- *Certificados de hallarse al corriente de pago con Agencia Tributaria y Seguridad Social.*
- *Dossier (curriculum) de Productores de Sonrisas S.L. - Declaración de cesión de solvencia y compromiso de La Vida es un Circo S.L.*

También de la empresa cedente de solvencia económica, financiera y técnica

**La Vida es un Circo, S.L:**

- *DEUC*
- *Escrituras de constitución y cambio de domicilio social.*

- *Cuentas anuales 2022*
- *Certificados de estar al corriente de pago con la Agencia Tributaria y la Seguridad Social.*

De la empresa **Sagoskat Inversiones, S.L.**, cedente también de solvencia económica, financiera y técnica:

- *DEUC*
- *Escrituras de constitución y cambio de domicilio social.*

Procede la desestimación de este motivo, por ser un recurso contra el anuncio y los Pliegos extemporáneo, no dándose las circunstancias que habilita la doctrina Evigilo para la impugnación indirecta.

**Séptimo.-** Afirma el recurrente que Sonrisas carece de capacidad y las mercantiles cedentes de solvencia carecen de solvencia técnica, lo que es un motivo de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 39.2.a) de la LCSP.

Tal y como recuerda en alegaciones Productores de Sonrisas, “*Se pretende la exclusión de PRODUCTORES DE SONRISAS oponiendo falta de capacidad técnica de quienes ceden solvencia económica (pero no combate la falta de solvencia técnica de PRODUCTORES DE SONRISAS)*”.

Textualmente, dice el recurrente que el apartado 3.2 de la cláusula decimoprimera de dicho pliego, se requiere lo siguiente: « *[l]a solvencia técnica se acreditará mediante la justificación y experiencia en la gestión de eventos y el ocio familiar, de al menos 8 años. Todo ello deberá justificarse mediante una certificación o un documento acreditativo de la ejecución de servicios similares al objeto del presente contrato, con indicación de los importes, fechas y destinatarios de estos*».

“*Pues bien, la cuestión esencial se circunscribe a la interpretación de lo que se considera experiencia en la gestión de eventos y el ocio familiar, de al menos 8 años. En opinión de la dirección letrada que suscribe sólo puede entenderse este concepto en el marco del pliego que rige el proceso de contratación interpretándolo*

*de consuno con la concreción de la justificación que se requiere, esto es, la ejecución de servicios similares al objeto del presente contrato que, forzosamente, debe incardinarse en el desarrollo de las actividades que comprenden la licitación: 1) instalación de atracciones mecánicas, recreativas o similares; 2) desarrollo de la actividad de hostelería; y 3) actividad comercial que se concreta en la instalación de un mercado navideño. Lo contrario, suscitaría serias dudas de la validez de dicha cláusula, dado que supondría una palmaria desconexión de los requisitos exigidos y la naturaleza de la ejecución del contrato. En este sentido, en primer lugar, la licitadora que ha resultado adjudicataria del contrato no podría en ningún caso considerarse que ha superado el juicio de solvencia técnica previsto en el apartado 3.2. de la cláusula decimoprimer del pliego, toda vez que su objeto social se circunscribe a la actividad prevista en el nº de CNAE 9001 (sector artes escénicas) en la que consta exclusivamente «la promoción, organización, desarrollo y producción de todo tipo de eventos artísticos y culturales, exposiciones y espectáculos».*

*“En segundo lugar, tampoco las entidades encargadas de ceder la solvencia técnica, La Vida es un Circo SL y Sagpstak Inversiones SL, podría considerarse que cumplan debidamente los requisitos técnicos exigidos, toda vez que la documentación presentada que se dirige a acreditar tal extremo se reduce a: i) un simple compromiso de cesión; ii) las cuentas anuales del último ejercicio y; iii) certificados de no tener deudas con la Agencia Tributaria y con la Seguridad Social. De este modo, lo único que parece acreditarse en virtud de esta documentación es la solvencia económica y la capacidad para contratar con la Administración, no obstante, parece haber olvidado la adjudicataria y las cedentes que la solvencia cedida se circunscribe a toda aquella que resulte exigible para la ejecución del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 214.2 c) LCSP”.*

Estas alegaciones las sintetiza adecuadamente Productores de Sonrisas, S.L.:

a) No discute la solvencia técnica de PRODUCTORES DE SONRISAS, S.L., (adjudicataria) No lo hace porque la pretendida falta de solvencia de PRODUCTORES DE SONRISAS, S.L., se limita únicamente a la pretendida

ausencia de objeto social adecuado al objeto del contrato que ya hemos descartado.

b) No discute la solvencia económica, ni de PRODUCTORES DE SONRISAS, S.L., ni de los cedentes de solvencia [LA VIDA ES UN CIRCO S.L. y a SAGOSKAT INVERSIONES S.L.].

c) Se limita a invocar la pretendida falta de solvencia técnica (que no económica) de LA VIDA ES UN CIRCO, S.L. y a SAGOSKAT INVERSIONES, S.L.

El órgano de contratación contesta por remisión al informe de 23 de julio de 2023, que trata de la legalidad de la cesión de solvencia, pero no de las alegaciones del recurrente relativas a la falta de capacidad de Productores de Sonrisas, S.L. y de solvencia técnica de La Vida es un Circo, S.L., y Sagstak Inversiones, S.L.

Más arriba hemos afirmado que el Tribunal no se ha pronunciado sobre estos extremos al inadmitir el recurso contra la invitación a presentar proposición a Productores, siendo efectivamente la adjudicación a un licitador sin capacidad o solvencia motivo de nulidad de pleno derecho, por lo que procede su examen en la adjudicación, al no haberlo verificado con anterioridad.

El objeto social de Productores de Sonrisas, S.L. es, según los estatutos que acompañan su solicitud de participación, “la *promoción, organización, desarrollo y producción de todo tipo de eventos artísticos y culturales, exposiciones y espectáculos*”. Difícilmente no tiene encaje aquí lo que es objeto del contrato cuya adjudicación se impugna:

*“El objeto del contrato es la concesión de servicios para la gestión y explotación del Parque Mágicas Navidades de Torrejón de Ardoz, durante diferentes campañas navideñas, estableciéndose de forma exclusiva y concreta bajo los criterios técnicos que se determinan en el presente pliego de condiciones técnicas” (cláusula 1).*

Sobre la solvencia técnica el PCAP requiere (cláusula undécima):

*“3.2. Solvencia Técnica:*

*La solvencia técnica se acreditará mediante la justificación y experiencia en la gestión de eventos y el ocio familiar, de al menos 8 años. Todo ello deberá justificarse mediante una certificación o un documento acreditativo de la ejecución de servicios similares al objeto del presente contrato, con indicación de los importes, fechas y destinatarios de estos”.*

Productores de Sonrisas, S.L., presenta certificados de ejecución y documentos acreditativos de servicios “similares” de los 8 últimos años en el anexo I de sobre 1, de ella misma, no de las cedentes de solvencia, solvencia técnica no impugnada por la UTE POLARIS, porque su falta de solvencia la reduce su falta de capacidad por su objeto social, que hemos examinado antes.

Pese a que no impugna la solvencia técnica de Productores de Sonrisas, está la detalla nuevamente en consonancia con la documentación presentada en el sobre 1, de la que cabe deducir que tiene la solvencia técnica requerida en los Pliegos con sus trabajos para IFEMA, Madrid Destino, el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz y teatros municipales de Barcelona, Valladolid, Alcorcón, Santiago de Compostela.

POLARIS no discute la solvencia económica de Productores de Sonrisas, S.L., ni de las cedentes de solvencia (de los que discute su falta de solvencia técnica), pese a lo cual Productores detalla la cesión de solvencia económica:

En cuanto a la solvencia económica (no la técnica), acude para complemento al de otras entidades del grupo. Constan en el expediente los dos compromisos de cesión de solvencia, suscritos por cesionarios y cedentes, La Vida es un Circo y Sagoskat Inversiones.

EL PCAP requiere en cuanto a esta solvencia:

*“3.1 Solvencia económica y financiera. Requisitos mínimos:*

*Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades del objeto del contrato, o de similar*

*entidad, relacionada con el mundo de los eventos y el ocio familiar, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de las actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior a seis millones de euros (6.000.000 €)”.*

Esta cantidad, 6 millones de euros, se alcanza así (según alegaciones de Productores de Sonrisas): *“de dicha documentación se desprende que la cifra de negocios de LA VIDA ES UN CIRCO, S.L. asciende a 909.661,50€ y la cifra de negocios de dicho mismo de SAGOSKAT INVERSIONES, S.L. asciende a 894.061,50€, por lo que, si acumulamos ambas cantidades a la cifra de negocios del ejercicio 2022 de PRODUCTORES DE SONRISAS, S.L., esto es, 4.969.775,19€, se alcanzan la cantidad total de 6.773.498,19€, superando así la cantidad mínima exigida de 6.000.000€”.*

Comprueba este Tribunal con las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil de las tres sociedades que estas cifras de negocios (importe neto de la cifra de negocios) es correcto.

Todos estos epígrafes los resume adecuadamente Productores de Sonrisas:

- Los cedentes han acreditado la cesión de la solvencia económica a favor de PRODUCTORES DE SONRISAS.
- PRODUCTORES DE SONRISAS ha acreditado, por sí misma, su solvencia técnica.
- Sobre todo: el recurrente, UTE POLARIS, no discute la solvencia de PRODUCTORES DE SONRISAS (ni la técnica, ni la económica). Solo discute la solvencia técnica de los cedentes (que es irrelevante, porque el objeto de la cesión es completar la solvencia económica, sin perjuicio de que el compromiso asumido por los cedentes durante la vida del contrato aprovechará, también, los aspectos técnicos que se consideren oportunos).

Por todo lo expuesto, procede la desestimación de este motivo.

**Octavo.-** POLARIS impugna los criterios evaluables de forma objetiva y la fórmula utilizada para la evaluación del canon. Hay que tener en cuenta que POLARIS con una oferta de canon de 4.900.000 obtiene 36 puntos, y Productores de Sonrisas, S.L., con un canon de 3.300.000 alcanza 31,18 puntos.

Impugna la fórmula de saciedad utilizada, que deriva de un informe de Intervención del que no se tuvo conocimiento, siendo desproporcionada la atribución de puntos, y llevando según sus análisis matemáticos a un resultado contrario al perseguido en el informe de Intervención, provocando *“que se produzca de facto una evidente desproporción del juicio de valor respecto a la valoración objetiva, de manera que, en realidad, disfrazadamente, la resolución del concurso se hace depender en exclusiva de la valoración subjetiva del responsable de área del Ayuntamiento”*.

Afirma el órgano de contratación, *“la recurrente plantea ahora una presunta desproporción del sistema ideado para la valoración objetiva del canon al preverse en la fórmula un umbral de saciedad que desequilibra la proporción pretendida entre el juicio de valor y puntuación de criterios objetivos.*

*Esta fórmula ha sido la utilizada en los pliegos de condiciones, aceptados plenamente por el licitador y no siendo cuestionada, ni impugnada, ni siquiera ha sido objeto de aclaración por su parte en las distintas preguntas elaboradas en el transcurso de la licitación y que fueron contestadas por el cauce establecido.*

*Asimismo, manifiesta que “la aplicación de la fórmula en relación con el licitador ofertante del canon más elevado es simple y llanamente imposible desde una perspectiva aritmética y algebraica (...)”. Nos sorprende dicha afirmación, puesto que la puntuación obtenida por la UTE Polaris en los criterios de aplicación de fórmula, en el canon ofertado, ha alcanzado la MÁXIMA PUNTUACIÓN, ES DECIR, 36 PUNTOS”.*

Contesta Productores de Sonrisas, S.L., que insta la nulidad de la cláusula de distribución de puntos extemporáneamente, sin alegar vicio de nulidad alguno, careciendo además de efecto útil la alegación, puesto que obtuvo la máxima puntuación. *“Es inadmisibile el recurso ante ausencia de efecto útil del mismo. La teoría del “efecto útil del recurso” es doctrina inveterada de los tribunales contractuales, y establece la manifiesta falta de legitimación activa por parte de quienes carecen de interés tangible en los recursos pues, de estimarse, no implicarían en ningún caso la modificación de la adjudicación o que esta recayera sobre el recurrente (Resoluciones TACRC núm. 962/2023 de 20 julio, num. 563/2023 de 4 mayo, num. 308/2023 de 9 marzo y Resoluciones del TACPCM num. 306/2022 de 11 de agosto; también OARC 124/2015, 86/2016, 134/2016, 13/2018, 118/2018 y 58/2019), o los recursos que pretenden la mera defensa de la legalidad (OARC 45/2017)”*].

La ausencia de alegación de nulidad absoluta veda al Tribunal el examen del motivo. Y aunque lo hiciera solo procedería la nulidad de esa cláusula por mor de lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*“la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado”*), con lo que volveríamos a la tesis del efecto útil: la nulidad de la cláusula no aprovecha al recurrente, solo puede perjudicarlo, con lo que la solución es la inadmisibilidad de su tesis, mediante la que pretende (impugnando una sola cláusula) anular todo el Pliego, alega Productores de Sonrisas.

No existe tampoco la sorpresa negativa de la doctrina Evigilo, a que se refiere la repetida STJUE 11 de 12/03/2015, asunto C-538/13 Evigilo como requisito de la impugnación sustantiva: que los pliegos le sean *“incomprensibles o [carezcan] de claridad*, concluye Sonrisas.

A juicio del Tribunal es cierto que el canon ofertado por Polaris es superior al de Productores de Sonrisas y que con una regla de proporcionalidad simple la puntuación de Productores sería el 67,34 por 100 de la de POLARIS ( $3.300.000/4.900.000 \times 100$ ), mientras con la limitación de saciedad establecida alcanza el 86,61%. ( $31,18/36 \times 100$ ).

Sin embargo, este precisamente es el fin perseguido por la fórmula de saciedad establecida.

En el informe de Intervención obrante en el expediente, que lleva por título “desarrollo de fórmula para evaluar criterios automáticos a fin de limitar o desincentivar el canon del Parque de Mágicas Navidades para asegurar su viabilidad económica”, con una doble finalidad:

“a) *La limitación del canon: situar un tope impidiendo de tal manera que ningún potencial concesionario ofrezca un importe por encima de este.*

b) *Desincentivación de las mejoras excesivas de las ofertas económicas: Empleo de una fórmula que valore las mejoras económicas de forma progresiva hasta un umbral razonable, a partir del cual una mejora no obtenga grandes diferencias frente a las inmediatamente anteriores”.*

Según se explica en el extenso informe se trata de que la oferta del canon no vaya en detrimento de la calidad del servicio, contemplando además la duración del contrato (hasta 20 años), y que ya se incrementa en 100.000 euros todos los años. Se afirma que debe primar la eficiencia y buena gestión, más allá de los ingresos que la Administración pueda recibir.

Este Tribunal ha manifestado que los umbrales de saciedad no son ilegales, justificando en el expediente la necesidad de su inclusión (por todas Resolución 396/2021 de 2 de septiembre), como se ha hecho. Doctrina que concuerda con la de la Junta Consultiva de Contratación del Estado y la del TACRC. Dice la primera en informe 1/2021 de 28 de julio de 2021:

“2. *El establecimiento de umbrales de saciedad consistentes en la limitación*

*de la puntuación que se asigna a las ofertas económicas a partir de una determinada baja en las mismas ya ha sido admitido en diversas ocasiones. Es esta una cuestión que no resulta extraña en la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que se ha pronunciado sobre esta cuestión. De acuerdo con la citada doctrina, recogida en resoluciones como las 110/2021, 400/2020, 484/2019, 614/2019 o 976/2018, entre otras, el Tribunal admite la posibilidad de establecer umbrales de saciedad en la oferta económica cuando se valoran varios criterios de adjudicación, incluidos elementos o parámetros distintos del precio. Partiendo de la aplicación del criterio calidad-precio como criterio general de valoración de las ofertas y de la preferencia de la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación en los procedimientos de selección del contratista que ha sido reconocida en las Directivas comunitarias y en 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), el TACRC reconoce la capacidad del órgano de contratación para configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, manteniendo siempre una relación con los fines de interés público que se persiguen con el propio contrato público, particularmente, la mejor ejecución de la prestación que constituye su objeto.*

*A este respecto señala en la resolución 400/2020 que cabe establecer umbrales de saciedad con una justificación muy concreta, esto es, “porque, a partir del estudio económico, se aprecia que las ofertas que vayan más allá de los límites máximos establecidos ponen en riesgo la viabilidad económica del servicio”. Por tanto, el umbral de saciedad se permite en términos generales porque “diversas causas, como por ejemplo, el objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o el presupuesto riguroso de un contrato con arreglo a precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo...”pero ello debe hacerse “para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada, o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir*

*debidamente con precios ofertados muy bajos” . En consecuencia, “la libertad del órgano de contratación ampara modular, por tanto, el criterio precio en relación con el resto de los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas”. Concluye de acuerdo con ello que “no existe por las razones indicadas, lesión alguna de principios como los de control de gasto y de eficiencia o de economía en la gestión de recursos públicos, puesto que tales principios han de operar necesariamente en el contexto de la aplicación coordinada y objetiva, además de causal y dirigida a un objetivo de interés público mediante el contrato, de una pluralidad de criterios de valoración cuya ponderación corresponde determinar al órgano de contratación así como su forma de operar y aplicarse en su conjunto”. El umbral de saciedad, por tanto, según la doctrina del TACRC, que compartimos en su integridad, debe perseguir realizar una función tendente a garantizar la viabilidad de la proposición de los licitadores cuando el órgano de contratación entienda justificadamente que por debajo de un determinado límite económico el contrato corre riesgo de no poder cumplirse. Se trata, por tanto, de una finalidad interna, propia y característica de cada contrato que se esté licitando y cuya admisibilidad dependerá de las características de las prestaciones que constituyan su objeto”.*

El Tribunal no puede entrar ahora a valorar si el umbral es proporcional y consigue el fin perseguido, porque tanto el criterio de adjudicación como la forma de distribución de puntos están publicados, tanto en los Pliegos, como en el informe de insuficiencia de medios, no habiendo sido recurridos, por lo que no cabe alegar sorpresa alguna en su aplicación. Se trata de otra impugnación indirecta de los Pliegos que no es admisible.

Es más, el informe publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público sobre la insuficiencia de medios propios en fecha 3 de abril de 2023 explica que al canon se le aplica un umbral de saciedad en el epígrafe *“justificación del canon”* y razona su necesidad:

*“La determinación del canon debe determinarse teniendo en cuenta que hay que mantener un equilibrio entre dos premisas fundamentales: por una parte, hay que determinar una remuneración adecuada para los bienes cuya utilización se concede, y por otra un retorno razonable para el concesionario, por la inversión y riesgo que asume.*

*Es por ello por lo que se ha establecido un límite en la oferta económica que persigue asegurar y afianzar la calidad de las propuestas y por ende, del Parque Mágicas Navidades. De este modo, el Ayuntamiento elegirá la oferta más ventajosa, pero siempre sin comprometer la viabilidad de la concesión.*

*Así, el objetivo es el de aumentar esos estándares de calidad que se han tenido hasta ahora, por lo que esta búsqueda aconseja y permite modular el criterio precio-canon, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación.*

*Esta utilización de los umbrales de saciedad es totalmente válida y permitida por la jurisprudencia, siempre que se respeten los límites que el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha establecido en sus últimas resoluciones (Resolución 1139/2021 y 853/2019) y que son que el establecimiento del umbral de saciedad infrinja una norma imperativa o contradiga los principios de contratación pública (principio de igualdad y libre concurrencia), lo cual en este caso No se produce, al no ser el precio el único criterio de adjudicación”.*

No hay ninguna sorpresa para el licitador.

Lo que sí se puede afirmar es que el umbral de saciedad no influye para nada en la puntuación de los criterios de juicios de valor.

Sin entrar a valorar la proporcionalidad de este umbral, hemos manifestado que no procede impugnarlo en la adjudicación. Así en Resolución 432/2019 de 10 de octubre:

*“Es necesario destacar que este umbral de saciedad es desproporcionado y limitador de la competencia que debe presidir toda licitación pública, atentando además al principio inspirador recogido en el artículo 1 de la LCSP sobre la eficiente utilización de los fondos públicos.*

*No obstante el PCAP no ha sido recurrido, presentando ambos licitadores oferta y en consecuencia admitiendo su contenido íntegramente de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LCSP, por lo que ya no es momento de valorar la legalidad de dicha cláusula”.*

Procede desestimar este motivo.

**Noveno.-** Afirma POLARIS que dada la distribución de puntos los criterios automáticos vienen a representar un porcentaje inferior al 50%, habiendo debido acudir al comité de expertos en aplicación del artículo 146.2.a) de la LCSP:

*“a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos”.*

Con independencia de su distribución, los criterios automáticos representan 52 puntos, siendo inaplicable ese artículo, desestimándose la alegación. Es más, la UTE POLARIS obtiene todos los puntos automáticos en disputa: 52.

**Décimo.-** Alega POLARIS la inadecuada ejecución de la resolución dictada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública nº 285/2023, viciado de nulidad o subsidiariamente anulabilidad el acto por el que se concede la posibilidad de presentar una segunda oferta a la mercantil Productores de Sonrisas, S.L., así como, por consiguiente, el anuncio de adjudicación a la misma del contrato.

Esta alegación ya fue resuelta en incidente de ejecución, siendo inviable plantearlo nuevamente. En fecha 28 de septiembre este Tribunal resuelve el incidente de ejecución desestimándolo.

En fecha 11 de octubre este Tribunal dicta Resolución 372/2023 inadmitiendo el recurso especial en materia de contratación 352/2023 contra la invitación a presentar proposiciones a los dos licitadores, donde se plantea la misma cuestión que en el incidente de ejecución.

Se desestima esta alegación sobre la que recae cosa juzgada administrativa, como también recuerda Productores de Sonrisas.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso, no siendo necesario acordar la ratificación de la suspensión del procedimiento, que lo está automáticamente por ser un recurso contra la adjudicación, sino su levantamiento, como solicita Productores de Sonrisas, S.L., habida cuenta los perjuicios que está causando a la ejecución del contrato y se detallan por Productores, que concreta la necesidad de comenzar el montaje de las instalaciones en noviembre, siendo un procedimiento que lleva un gran retraso, entre otras cosas por los cinco recursos especiales en materia de contratación interpuestos, pese a la celeridad impuesta a su tramitación por este Tribunal.

**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 la solicitud de acceso al expediente.

**Segundo.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la UTE POLARIS (conformada por las siguientes sociedades: Home Comunicación, S.L.; Promoción y Producción de Ferias, S. L.; Bclubber App, S.L.; Fools Entertainment, S.L.; Producciones Yllana, S.L.; Project Arte Producciones. S.L.; A. Garcia Grupo, S.L. e Infraestructura y Desarrollo de Espectáculos y Acontecimientos, S.L.), contra el Acuerdo de adjudicación del contrato de “concesión de servicios para la gestión y explotación del Parque ‘Mágicas Navidades’ de Torrejón de Ardoz”, número de expediente PA 81/2023, a Productores de Sonrisas, S.L.

**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.-** Levantar la suspensión automática del procedimiento ex artículo 53 de la LCSP.

**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 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.