

Recurso 414/2018**Resolución 97/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 9 de abril de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACCURA SPORT MANAGEMENT, S.L.** contra el acuerdo, de 31 de octubre de 2018, del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga) adoptado en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Concesión del servicio público del centro deportivo y piscina municipal “Christian Jongeneel”» (Expte. 34/2018), convocado por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 28 de abril 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 26.925.487 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Durante la tramitación del procedimiento de adjudicación de este contrato, se han interpuesto y resuelto por este Tribunal varios recursos especiales en materia de contratación. En concreto, el Recurso 242/2018 interpuesto por la entidad ASISTENCIA, ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS, S.A. contra la exclusión de su oferta, que fue desestimado en la Resolución 270/2018, de 28 de septiembre; el Recurso 285/2018 interpuesto por la entidad MEDIOS ACUÁTICOS, S.L.U. contra el informe de valoración de las ofertas con arreglo a criterios dependientes de un juicio de valor, que fue inadmitido por la Resolución 283/2018, de 16 de octubre; el Recurso 286/2018 interpuesto por la entidad GAIA LALIN ARENA, S.L. contra la exclusión de su oferta, que fue inadmitido por este Tribunal en la Resolución 284/2018, de 16 de octubre, y el Recurso 292/2018 interpuesto por la entidad VALLSPORT CIUDAD JARDÍN, S.L. contra la exclusión de su oferta, que fue desestimado en la Resolución 285/2018, de 16 de octubre, dictada por este Órgano.

CUARTO. La mesa de contratación, en sesión de 29 de octubre de 2018, acordó la exclusión de la oferta de la entidad ACCURA SPORT MANAGEMENT, S.L. y formuló propuesta de adjudicación del contrato a la empresa BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U.



El Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria aceptó el acta de la mesa de contratación de 29 de octubre, mediante acuerdo adoptado el 31 de octubre de 2018.

QUINTO. El 29 de noviembre de 2018, tuvo entrada en el registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ACCURA SPORT MANAGEMENT, S.L. (ACCURA, en adelante) contra el acuerdo del Pleno de la Corporación citado en el antecedente previo.

SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 30 de noviembre de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación correspondiente fue recibida en el Registro del Tribunal el 12 de diciembre.

SÉPTIMO. Mediante escritos de 21 de enero de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado BBXPORT, MEDIOS ACUÁTICOS, S.L. y SERVIOCIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN, S.L.

OCTAVO. En la tramitación del presente recurso, con carácter general, se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos



Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado corresponde a un contrato promovido por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial del convenio a tales efectos formalizado, el 5 de diciembre de 2012, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y dicho Ayuntamiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Procede ahora determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El acto formalmente impugnado es el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria, de 31 de octubre de 2018, por el que se acepta el acta de la mesa de contratación de 29 de octubre. No obstante, ACCURA impugna sustantivamente, entre otros actos, la exclusión de su proposición y la indebida admisión del resto de ofertas que continúan en el procedimiento.

Tales actos han sido adoptados en el procedimiento de adjudicación de un contrato calificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares como concesión de servicios, cuyo valor estimado es superior a 3 millones de euros y



ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en los apartados 1 y 2 b) del artículo 44 de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al requisito del plazo para interponer el recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el supuesto analizado, el acuerdo formalmente impugnado fue notificado a ACCURA mediante escrito con fecha de salida del registro del Ayuntamiento el 8 de noviembre de 2018, afirmando la recurrente en su escrito que lo recibió ese mismo día aun cuando no hay constancia en el expediente de dicha recepción.

En cualquier caso, aun tomando como fecha para el inicio del cómputo del plazo de interposición el día siguiente a aquel en que la notificación del acuerdo tuvo salida del registro del Ayuntamiento, el recurso con entrada en el Registro de este Tribunal el pasado 29 de noviembre de 2018 se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

Son varios los motivos en que la recurrente funda su pretensión, los cuales se expondrán y resolverán en este fundamento de derecho y en los siguientes, comenzando por los alegatos frente a la exclusión de su oferta y a la admisión de las restantes proposiciones, dejando para el final el examen de otra serie de irregularidades que, a juicio de la recurrente, se han cometido durante la



tramitación del procedimiento de adjudicación.

Pues bien, ACCURA combate la exclusión de su proposición adoptada por la mesa de contratación en sesión de 29 de octubre de 2018, que le ha sido notificada con el acuerdo formalmente impugnado.

En el acta de la citada sesión se recoge «(...) La empresa ACCURA SPORT MANAGEMENT, S.L. en la página nº8 de su estudio de viabilidad económica, Tabla 6 “Previsión de gastos de explotación”, en el concepto de “Alquileres y Canon”, contempla un canon de **12.000 euros**, y en su oferta económica apartado 1º.1 se compromete a lo siguiente:

“1º) Que me comprometo a su ejecución con arreglo a lo establecido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato, ofertando lo siguiente:

1. 80.000 (ochenta mil) euros/año en concepto de canon y durante el plazo de duración de la concesión, siendo este de 25 años, por lo que el importe total de canon ofrecido asciende a la cantidad de 2.000.000 (dos millones) euros.”

Por lo que ambos importes no coinciden.

(...) Esta discrepancia haría inviable la concesión, como se pone de manifiesto en el informe relativo al estudio de viabilidad presentado por los licitadores realizado por la entidad PARTENON, contratada por el Ayuntamiento para la redacción del que acompañó preceptivamente al expediente. En dicho informe de fecha 26 de octubre del corriente y aceptado por la mesa, al respecto se indica:

"Se observa una discrepancia importante al reflejar en el estudio de viabilidad un canon de 12.000 euros mientras que en su oferta económica refleja 80.000. Esta diferencia haría inviable la concesión (arrojando pérdidas en lugar de beneficios) si reemplazáramos en el estudio el canon de 12.000 € empleado por el efectivamente ofertado de 80.000 €. Debe considerarse que esta diferencia de canon asciende a 68.000 euros anuales, totalizando 1.700.000 euros en 25 años de concesión. En términos actuales, considerando a la tasa de descuento del 10% empleada por el licitador, esta cifra asciende a 617.238,72 €. Considerando que el VAN calculado por el licitador es de 363.306,07 €, la diferencia sería de -253.932,65 €. Esta cifra es el valor presente de las pérdidas que generará la concesión, lo que acredita su inviabilidad como se ha indicado previamente."



(...) Por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1º de la LCSP y el artículo 84 del R.D 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, procede la exclusión o rechazo de la oferta al no guardar concordancia su oferta con la documentación examinada, estudio de viabilidad del licitador, no ajustándose a los pliegos. (...).»

Frente a esta exclusión se alza la recurrente alegando, en síntesis, que, dado que el plan de viabilidad incluye el canon ofertado, entendió que debía presentarlo con el importe mínimo de partida de 12.000 euros contemplado en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y no con el realmente ofertado; todo ello, a fin de que no pudiera conocerse este último antes de la lectura de la propia oferta del canon.

Insiste en que no se trató de un error, sino de la manera de proceder que había indicado el propio Ayuntamiento en un expediente de contratación anterior para proteger el dato del canon ofertado, extremo este que conocía perfectamente la mesa y que debió motivar que, antes de excluir, le concediera un plazo de tres días para subsanar. Además, añade que la exclusión debía ser motivada y que, en este caso, bien no existe motivación o si existe, está mal ya que la deducción sobre el VAN y la TIR y sus efectos en la viabilidad del proyecto son inconsistentes.

Pues bien, conforme a la cláusula 27 del PCAP, los licitadores debían presentar un archivo nº3 “*Criterios no sujetos a un juicio de valor*” que incluyera, además del importe en euros/año del canon y del importe total del mismo durante el plazo de 25 años de la concesión, el estudio de viabilidad económico-financiera.

Es un dato cierto y no controvertido que el estudio de viabilidad económica de la recurrente contemplaba un canon de 12.000 euros, mientras que en el modelo de proposición hacía referencia a un canon anual de 80.000 euros, lo que llevó a la mesa a la exclusión de la oferta por no coincidir ambos importes y determinar dicha discrepancia una inviabilidad de la concesión.



Frente a tal exclusión, es inconsistente el argumento de la recurrente de que entendió que debía presentar el plan de viabilidad con el importe mínimo de partida del canon fijado en el pliego y no con el realmente ofertado para evitar que pudiera conocerse este último antes de su lectura en acto público. No debe olvidarse que el plan de viabilidad y la oferta del canon tenían que incluirse en el mismo archivo, por lo que una vez abierto este, la proposición dejó de ser secreta y todo el contenido del archivo era accesible para la Administración.

Es el propio pliego el que establece que el estudio de viabilidad y la proposición relativa al canon se introduzcan en el archivo 3, lo cual propicia que el conocimiento de ambos, una vez abierto el archivo, vaya a ser simultáneo. Por esta razón, la recurrente no tenía que haber adoptado cautelas a la hora de incorporar los datos en el mencionado archivo, pues el propio órgano de contratación no las había previsto en el PCAP.

En cualquier caso, aquellas cautelas se muestran vanas e inútiles, pues ni había que salvaguardar el secreto de ningún extremo de la oferta que tuviera que ser conocido en un momento posterior, ni el conocimiento del canon ofertado en el estudio de viabilidad tenía trascendencia alguna en orden a preservar las garantías de imparcialidad y objetividad en la valoración de las ofertas, pues ni siquiera dicho estudio era objeto de evaluación específica conforme a los criterios de adjudicación.

El hecho de que el proceder de la recurrente haya podido coincidir con el indicado por el Ayuntamiento en una contratación anterior en nada altera la evidencia de lo expuesto, ni presupone que aquella supuesta indicación de la Corporación hubiese sido la correcta, aparte de desconocerse si las bases de la licitación eran las mismas.

Tampoco habría sido posible solicitar aclaración a ACCURA sobre su oferta, pues no se evidencia error material en la discrepancia producida que permita determinar claramente cuál es el canon realmente ofertado. El error material,



conforme a reiterada jurisprudencia (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012 -RJ 2012\6001-), ha de ser ostensible, manifiesto, indiscutible, evidente por sí mismo sin necesidad de mayores razonamientos y por exteriorización prima facie con su sola contemplación, apreciable teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo, y patente y claro sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables.

En el supuesto analizado, las propias explicaciones de ACCURA en su escrito de recurso evidencian que el error padecido no es de aquella naturaleza, no siendo posible que la mesa interpretara la voluntad de la recurrente para rectificar aquella discrepancia y mucho menos que le concediera plazo de subsanación, lo que hubiera permitido a ACCURA determinar cuál de los precios era el realmente ofertado, una vez que el contenido de las ofertas era ya público.

Los términos del PCAP eran claros y no fueron impugnados, no debiendo la recurrente efectuar interpretaciones o adoptar cautelas innecesarias que no se desprendían de la dicción del pliego. Procede, pues, desestimar el motivo analizado.

SEXTO. En otro motivo, ACCURA aduce que en las ofertas de otros licitadores se aprecian incongruencias que debían haber sido detectadas por la mesa de contratación determinando su exclusión. De este modo, señala lo siguiente:

1. BPXPORT ofertó un canon de 100.000 euros/año y un importe total durante 25 años de duración de la concesión de 3.203.000 euros. 100.000 euros/año durante 25 años equivale a 2.500.000 euros, cifra sustancialmente diferente a los 3.203.000 euros ofertados. A su juicio, pues, hay una incongruencia absoluta en la oferta no pudiéndose saber cuál es el canon realmente ofertado.

2. AMPARK GESTION, S.L. oferta un canon anual de 50.001 euros y un importe total durante la concesión de 1.571.125 euros. 50.001 euros durante 25 años equivale a 1.250.025 euros y no a 1.571.125. Como en el caso anterior, la



recurrente aduce que es una incongruencia absoluta no conociéndose cuál es el canon ofertado.

3. ANDALUSPORT XXI, S.A. incluyó textualmente la siguiente oferta: *"72.000 €/año (setenta y dos mil euros/año), en concepto de canon y durante el plazo de duración de la concesión, siendo este de 25 años, por lo que, el importe total del canon ofrecido asciende a la cantidad de 1.800.000 € (un millón ochocientos mil de euros)"*.

Sin embargo, no existe concordancia entre el valor indicado de 72.000 euros/año y el que aparece en el plan de viabilidad donde se totaliza un canon de 2.164.537,71 euros.

4. SERVIICIO, CULTURA, DEPORTE Y RECRACIÓN, S.L. ofertó un canon anual de 120.000 euros y uno total por 25 años de 3.000.000; no obstante, en el plan de viabilidad, este último asciende a 3.670.795 euros.

En definitiva, ACCURA viene a señalar que existen discrepancias en el canon ofertado por cada una de las empresas señaladas, ya que fijan una cantidad anual y en la totalización por 25 años establecen otra que no coincide con la multiplicación de la primera por 25, siendo superior en todos los casos.

El órgano de contratación se opone a este alegato señalando que el razonamiento no puede ser más incongruente, dado que las diferencias entre los totales del canon planteados por la recurrente obedecen a que en los estudios de viabilidad de cada licitador se ha considerado un IPC aplicado a cada anualidad del canon a efectos de su cálculo total, puesto que así lo establece el propio PCAP en su cláusula 3 al señalar que el canon se revisará anualmente en función del IPC.

Asimismo, alega que se ha actuado de este modo en el estudio de viabilidad que ha acompañado a los pliegos, donde se parte de un canon inicial de 12.000 euros anuales que va actualizándose conforme a la proyección de IPC en cada



año hasta llegar en el último a 21.075 euros. Lo contrario, afirma el órgano de contratación, supondría mantener el canon fijo del primer año durante toda la concesión con la consiguiente depreciación y congelación del mismo para el Ayuntamiento, en perjuicio de este y en beneficio del concesionario. Concluye que este es el diseño del modelo de proposición que se establece en la cláusula nº 27, apartado 3 del PCAP, donde se incluye primero el importe de canon anual y al final su cuantía total por los 25 años de concesión, debiéndose referir en esta última cantidad el canon totalizado con la proyección del IPC, como han realizado la totalidad de las empresas.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. En efecto, la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas establece que *“el canon se revisará anualmente en función del IPC”*. Asimismo, el estudio de viabilidad económico-financiera de la concesión que obra en el expediente, en su apartado 14.3 “Anexo III: gastos estimados”, contempla el importe del canon estimado por años durante los 25 que dura la concesión, partiendo de un importe de 12.000 euros para el primer año que va incrementándose cada año hasta alcanzar 21.705 euros en el último.

A la vista de lo expuesto, no es apreciable en las ofertas de los licitadores a que se refiere el recurso la incongruencia denunciada, puesto que la incoherencia en el canon total que esgrime ACCURA obedece, como señala el órgano de contratación y algunos de los interesados en sus escritos de alegaciones, a la inclusión de la proyección del IPC durante los años de duración de la concesión, conforme a lo exigido en el pliego de prescripciones técnicas. Debe, pues, desestimarse el motivo analizado.

SÉPTIMO. En otro alegato, ACCURA esgrime que el Anexo IV del pliego de prescripciones técnicas (PPT) prevé la posibilidad de incluir un anteproyecto de las obras a realizar en la parte externa de la parcela. Alega que el apartado c) del anexo, con la finalidad de armonizar los importes de las inversiones, establece que los precios de referencia del presupuesto *“(…) serán los de la última*



actualización de las Bases de Costes de la Construcción de Andalucía (BCCA) que publica la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía. En aquellos casos en los que no exista precio en la BCCA, se justificará detalladamente el precio de referencia utilizado en su caso." Además, deberán incorporarse las correspondientes mediciones aproximadas y valoraciones.

La recurrente manifiesta que ninguna de las cuatro ofertas finalmente no descartadas incluye con un mínimo detalle una medición aproximada de todas las partidas, ni indica una valoración en base a la citada BCCA. Por tanto, alega que la puntuación obtenida por las proposiciones en el criterio de adjudicación no tienen ningún valor y que *"la consecuencia es la nulidad de pleno derecho de todas las ofertas"*

En el informe al recurso, se señala que la base de costes de la construcción de Andalucía no recoge muchos de los precios utilizados por los licitadores en cada uno de los diseños específicos y personalizados de instalación deportiva, no solo en mobiliario y equipamiento deportivo (pesas, mancuernas, banco de musculación, cintas de correr, etc), sino en elementos constructivos (aseos y vestuarios resueltos con contenedores marítimos, toboganes y juegos de piscinas exteriores, pista de padel panorámica, etc.), por lo que la mayor parte de las ofertas han utilizado la justificación detallada con presupuestos de empresas suministradoras, siendo esta una justificación suficiente para concretar cuantitativamente lo ofertado y aceptada por el propio PPT (Anexos IV y V)..

El informe indica que la finalidad de la exigencia del PPT es objetivar los gastos de inversión de los licitadores para su comparación cuantitativa a efectos de puntuar las ofertas bajo una misma unidad de medida en criterios que son reglados económicamente y por tanto no sometidos a juicio de valor, y que desde este punto de vista, se han aceptado los precios justificados aportados por las distintas ofertas para considerar las cuantías finales puntuables.



Por último, el órgano de contratación manifiesta que, aunque se diera cero puntos a todas las ofertas en el criterio de adjudicación cuestionado y se estimara la inclusión de la proposición de la recurrente en el procedimiento, esta continuaría siendo la cuarta clasificada.

A la vista de lo expuesto, el alegato no puede prosperar. Aunque pudiera cuestionarse que la mesa haya atendido a la justificación detallada de las ofertas con presupuestos de empresas suministradoras, ante la falta de reflejo en la base de costes de la construcción de Andalucía de muchos de los precios utilizados por los licitadores -al tratarse de diseños específicos y personalizados de instalación deportiva-, la única consecuencia sería que tendría que otorgarse cero puntos en el criterio a todas las ofertas, pero en modo alguno procedería rechazar las mismas o “declarar su nulidad” en terminología de la recurrente. Por tanto, la estimación del motivo en nada beneficiaría a la recurrente que ni obtendría la adjudicación, ni conseguiría que se declarase desierta la licitación.

OCTAVO. Asimismo, en este y en el siguiente fundamento se analizarán ciertas irregularidades que, a juicio de la recurrente, se han cometido en el procedimiento de adjudicación.

Estas supuestas irregularidades, de conformidad con lo estipulado en el artículo 44.3 de la LCSP, no son susceptibles de recurso especial independiente si bien pueden ser alegadas al impugnar la adjudicación. En el supuesto examinado, el acuerdo formalmente impugnado no es el que adjudica el contrato, si bien contiene la aceptación de la propuesta de adjudicación efectuada por la mesa, lo que determina la voluntad del Pleno de la Corporación de acatar y no apartarse de dicha propuesta; es decir, aquel acuerdo encierra en sí mismo la decisión del órgano de contratación de efectuar la adjudicación a favor de la empresa propuesta por la mesa. Sobre esta base, procedemos al examen de las deficiencias invocadas en el recurso, en el entendimiento de que se hallan amparadas en la previsión del apartado 3 del artículo 44 de la LCSP.



Como hemos señalado más arriba, ACCURA pone de manifiesto determinadas irregularidades de la mesa de contratación con relación al informe técnico de valoración de las ofertas. En el examen de este alegato se van a agrupar las diversas denuncias sobre esta cuestión, relatadas sin un orden expositivo claro a lo largo del escrito de recurso.

Así, la recurrente aduce *“ausencia de contratación del asesor externo que emite el informe en el que se basa la mesa de contratación en sus decisiones”*. Señala que, según parece deducirse del informe técnico de valoración de las ofertas, la entidad PARTENON CONSULTORES, S.L. (PARTENON, en adelante) fue contratada para realizar el estudio de viabilidad previo a la convocatoria de la licitación, emitiendo también el informe de valoración de las ofertas. Partiendo de lo anterior, alega:

- Que en el expediente no consta la contratación de ningún asesor para realizar informes técnicos sobre los estudios de viabilidad económico-financiera presentados por los licitadores en el sobre 3.
- Que el acta de la mesa de contratación menciona a PARTENON como entidad que realiza el informe, pero no hay referencia a la identidad, formación y experiencia profesional de los técnicos o expertos asistentes.
- Que concurre falta de capacidad para contratar en dicha empresa según informe del Registro mercantil, pues se trata de una entidad constituida en 2016 y sus cuentas anuales parecen no haber sido depositadas a la fecha del informe.
- Que no se entiende por qué el “informe de PARTENON” se emite en papel con membrete del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria.

Concluye, pues, que la propuesta de adjudicación de la mesa está tan basada en el citado informe que ello la vicia de nulidad y lo mismo ocurriría con una nueva propuesta, dada la evidente influencia que dicho informe tendría sobre esta.

Asimismo, a juicio de la recurrente, otras irregularidades son la falta de justificación en el expediente de la decisión de acudir a personal externo y ajeno



al órgano de contratación para emitir el informe técnico, así como la asunción íntegra y acrítica del mismo por parte de la mesa sin realizar ninguna valoración mínima de las ofertas.

A la denuncia de las irregularidades expuestas se opone el órgano de contratación en su informe al recurso por las razones que en el mismo se expresan y que, obrando en el expediente de contratación, se dan aquí por reproducidas.

Procede, pues, examinar las cuestiones señaladas. La primera de ellas se refiere a la falta de constancia en el expediente de la contratación de un asesor para informar técnicamente los estudios de viabilidad de las propuestas, a lo que el órgano de contratación opone que obra incorporado al expediente el estudio de viabilidad económico-financiera de la concesión elaborado por la entidad PARTENON, S.L. en virtud de un contrato menor, siendo esta empresa la que, conforme a lo acordado, debía también examinar el estudio de viabilidad de cada proposición.

Sobre tal extremo debe indicarse que la emisión de informe técnico por la citada empresa respecto a las proposiciones presentadas, lo haya sido en virtud de aquel contrato menor o de otro independiente, es una cuestión ajena a esta licitación y que como tal no merece reproche legal en su seno, estando además amparada en la previsión general del artículo 157.5 de la LCSP *“Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego”*.

De otro lado, hemos de señalar que el informe emitido por aquella empresa sobre el estudio de viabilidad económico-financiera presentado por los licitadores obra en el expediente y está suscrito por el socio director de la



entidad, quien aparece identificado en aquel con nombre y apellidos. Por tanto, el hecho de que el acta de la mesa de contratación no haga referencia a la autoría del informe, sino solo a que es emitido por PARTENON resulta un dato totalmente irrelevante porque el informe obra unido a las actuaciones y está firmado digitalmente, debiendo además presumirse la solvencia técnica de la empresa y de su personal para la realización de aquel, máxime teniendo en cuenta que PARTENON es la entidad autora del estudio de viabilidad económico-financiera de la concesión, primer documento obrante en el expediente de contratación.

Asimismo, la supuesta falta de capacidad para contratar de PARTENON al no aparecer depositadas sus cuentas anuales es una cuestión ajena a esta contratación que no puede, en sí misma, motivar la nulidad del informe emitido ni ser apreciada en esta litis, máxime si, como después se verá, la valoración de las proposiciones, aun materialmente apoyada en el reiterado informe, ha sido realizada por la mesa de contratación.

Por otro lado, el hecho de que el informe emitido por la empresa se haya realizado en papel con membrete del Ayuntamiento no es un dato que en sí mismo deba acarrear su invalidez; además, tal alegato no concluye nada, ni aclara qué vicio se comete con aquella actuación, constituyendo solo la exposición de un hecho del que ninguna consecuencia extrae la recurrente quien se limita a señalar que *“no acabamos de tener claro qué razón justifica la utilización del membrete del Ayuntamiento”*.

Otra irregularidad invocada en el recurso se refiere a la falta de justificación en el expediente de la decisión de acudir a personal externo y ajeno al órgano de contratación para emitir el informe. Así pues, vuelve a insistir la recurrente en una cuestión ajena a esta licitación, toda vez que las supuestas irregularidades del contrato celebrado por el Ayuntamiento con PARTENON para la emisión del estudio de viabilidad de la concesión y para el examen de los estudios individuales realizados por los licitadores solo afectarían a aquel. Es más, la



recurrente no discute el estudio de viabilidad de la concesión realizado por PARTENON, sino solo el informe de las ofertas emitido por esta empresa y en el que se basa la mesa a la hora de efectuar su valoración. En cualquier caso, el órgano de contratación señala en su informe que celebró con PARTENON un contrato menor para la realización de aquellas prestaciones, lo que evidencia que tenía una necesidad previa a satisfacer para la que carecía de medios propios y si bien la insuficiencia de medios debe ser objeto de justificación en el expediente (artículo 116.4 de la LCSP), los extremos cuestionados no afectan a esta contratación aunque se proyecten sobre la misma, gozando la actuación contractual previa de presunción de validez mientras no se pruebe lo contrario o sea anulada, no constando en las presentes actuaciones datos que acrediten la ilegalidad de aquella actuación previa del Ayuntamiento.

Es más, las mismas razones que determinaron que el órgano de contratación acudiera a la contratación externa del estudio de viabilidad de la concesión –y que no son discutidas ni cuestionadas por ACCURA– son las que razonablemente han debido amparar la decisión de que PARTENON emitiera informe sobre las proposiciones, toda vez que ambas prestaciones, según afirma el órgano de contratación, estaban comprendidas en el ámbito del contrato menor adjudicado mediante Decreto de la Alcaldía de 24 de mayo de 2017.

Por último, tampoco puede acogerse el alegato de ACCURA de que la mesa de contratación asuma íntegra y acríticamente el informe de PARTENON sin realizar una valoración mínima. Basta la lectura del “*acta de valoración de las ofertas*”, correspondiente a la sesión de la mesa de contratación celebrada el 29 de octubre de 2018, para comprobar que tal afirmación no responde a la realidad.

Así, en el acta se recogen expresiones como “*Tras la lectura de ambos informes [el emitido por PARTENON y el relativo a la documentación económica emitido por personal del Ayuntamiento], la mesa de contratación realiza las siguientes observaciones (...)*”, lo que denota que estas observaciones son fruto del previo



examen de los informes que han servido de base para ilustrar a dicho órgano y que, en modo alguno, tales informes han sustituido la valoración realizada por la mesa, ni le han vinculado hasta el punto de suplir su decisión.

Cuestión distinta es que el informe de PARTENON haya facilitado a la mesa el asesoramiento técnico necesario para formar su propio juicio, pues de ello se trata como bien recoge el artículo 157.5 de la LCSP anteriormente transcrito. Precisamente este es el caso de la propia oferta recurrente, donde una lectura del acta permite corroborar todo lo aquí afirmado; así, se observa que la mesa dedica prácticamente dos páginas del acta a fundamentar la exclusión de aquella proposición, dedicando tan solo un párrafo de 10 renglones al contenido del informe de PARTENON en que fundamenta su decisión. En definitiva, la mesa analiza el informe y obtiene una serie de conclusiones que quedan reflejadas en el acta de la sesión, sin que el hecho de que comparta el criterio del informe signifique que lo asume de un modo no crítico y automático.

Debe pues desestimarse este motivo del recuso sobre las supuestas irregularidades cometidas por la mesa de contratación, a raíz del cuestionado informe técnico emitido por “asesor externo” -según terminología de la propia recurrente-.

NOVENO. ACCURA también denuncia que el PCAP debía contener los parámetros objetivos para identificar las ofertas anormales, puesto que no se trata de una posibilidad sino de una obligación conforme al artículo 149.2 b) de la LCSP. A continuación, la recurrente hace un estudio de las ofertas llegando a la conclusión de que hay ofertas anormales por disminución en la cuota individual general respecto a la propuesta inicial del 25%, en las bonificaciones respecto a la propuesta inicial al residente del 10% y a la propuesta inicial a mayores de 65 años del 10%, en la inversión exterior y en el incremento de horas de uso municipal.



Por otro lado, la recurrente alega que existen ofertas con cuotas ilegales. En tal sentido, manifiesta que el apartado 26.A.II del PCAP contempla, como una de las propuestas de tarifas, el descuento sobre la cuota ordinaria que se haga a los residentes del municipio por el mero hecho de estar empadronados allí. Tal posibilidad de que los precios públicos de un servicio distingan entre residentes y no residentes no es acorde, a su juicio, con lo dispuesto en los artículos 9 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales y 150.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, preceptos que establecen el principio básico de igualdad de todos los usuarios en las tarifas de los servicios, salvo reducciones que atiendan únicamente a la capacidad económica.

Sobre esta base, ACCURA señala que, frente a ofertas como la suya que -dada la ilegalidad de la norma [hemos de entender que se refiere al PCAP]- han optado por incluir el descuento mínimo del 10% requerido por el pliego, otras que deben considerarse ilegales han ofrecido descuentos superiores beneficiándose en la puntuación.

Tales motivos no pueden prosperar. La recurrente está impugnando indirectamente, con ocasión del recurso contra la adjudicación, los pliegos que rigen la licitación: en un caso, por no contener parámetros para apreciar la anormalidad de las ofertas cuando los mismos son obligatorios y en otro, por contemplar descuentos ilegales.

En tal sentido, hemos de reiterar la doctrina de este Tribunal, recientemente expuesta en la Resolución 65/2019, de 14 de marzo, conforme a la cual los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda” y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estar ahora al contenido de los mismos.



La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente en la fase de valoración de las proposiciones- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

En el supuesto enjuiciado, la recurrente esgrime que los pliegos vulneran determinadas normas legales y reglamentarias, circunstancias estas que debieron ponerse de manifiesto en el plazo legal de impugnación de los pliegos, pues su supuesta ilegalidad no se ha evidenciado durante el curso de la licitación y de concurrir, sería apreciable desde el momento de aprobación de aquellos. Si se admitieran los alegatos expuestos en este fundamento de derecho y se anulara la adjudicación y todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de la recurrente tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que un licitador consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicatario, impugne la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico, concluyendo al Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.

Procede, pues, desestimar los dos últimos motivos del recurso y con ellos, el recurso interpuesto.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACCURA SPORT MANAGEMENT, S.L.** contra el acuerdo, de 31 de octubre de 2018, del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga) adoptado en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Concesión del servicio público del centro deportivo y piscina municipal “Christian Jongeneel”» (Expte. 34/2018), convocado por el citado Ayuntamiento

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

