

Recursos 427/2018 y 3/2019**Resolución 98/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 9 de abril de 2019

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **MEDIOS ACUÁTICOS, S.L.U.** contra los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria de 31 de octubre y 28 de noviembre, ambos de 2018, adoptados 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 MEDIOS ACUÁTICOS, S.L.U, 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 y adjudicó el contrato a la empresa BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U., mediante acuerdo de 28 de noviembre de 2018.

Ambos acuerdos fueron notificados a MEDIOS ACUÁTICOS, S.L.U. (MEDIOS ACUÁTICOS, en adelante); la notificación del primero se efectuó mediante escrito con fecha de registro de salida del Ayuntamiento el 8 de noviembre de 2018 y la del segundo, mediante escrito con fecha de registro de salida de la Corporación el 30 de noviembre.

QUINTO. La entidad MEDIOS ACUÁTICOS presentó en el registro telemático de la Junta de Andalucía, dirigidos a este Tribunal, dos recursos especiales en materia de contratación: el primero tuvo entrada el 7 de diciembre de 2018 y ha sido tramitado con el número 427/2018, interponiéndose contra el acuerdo del Pleno de la Corporación de 31 de octubre de 2018, y el segundo tuvo entrada el 8 de enero de 2019, fue tramitado con el número 3/2019 y se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del Pleno de 28 de noviembre.

SEXTO. De ambos recursos se dio traslado al órgano de contratación quien remitió, previo requerimiento de la Secretaría de este Órgano, la documentación pertinente para su resolución. Asimismo, se cumplimentó en ambos recursos el trámite de alegaciones a los interesados, habiéndolas efectuado, respecto a ambos, las entidades BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. y SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN, S.L.

SÉPTIMO. En el recurso especial tramitado con el número 427/2018, MEDIOS ACUÁTICOS solicitó la medida cautelar de suspensión, comunicándose a la entidad recurrente, mediante escrito de la Secretaría del Tribunal, que el procedimiento de adjudicación se encontraba suspendido automáticamente debido a la interposición de otro recurso especial contra la adjudicación del mismo contrato.



OCTAVO. En la tramitación de ambos recursos, 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, los actos impugnados corresponden a un contrato promovido por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), derivando la competencia de este Tribunal para la resolución de los dos recursos especiales 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. De conformidad con lo previsto en los artículos 56 de la LCSP, 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, este Tribunal acuerda la acumulación de los recursos números 427/2018 y 3/2019, al ser este Órgano quien tramita y resuelve ambos recursos y guardar ambos entre sí identidad sustancial e íntima



conexión, al impugnarse sustantivamente los mismos actos y por la misma recurrente.

TERCERO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición de los dos recursos dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

CUARTO. Procede ahora determinar si los recursos se refieren a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interponen contra 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.

Cada uno de los recursos se dirige formalmente contra acuerdos diferentes del Pleno del Ayuntamiento, si bien en ambos casos los actos sustantivamente impugnados son los mismos, a saber: la exclusión de la proposición de la entidad recurrente, así como la admisión del resto de ofertas presentadas.

Ambos actos se han dictado 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, los dos recursos cumplen lo estipulado en los apartados 1 y 2 b) del artículo 44 de la LCSP, si bien solo uno de ellos puede ser admitido para su resolución en cuanto al fondo, pues no es posible impugnar sustantivamente los mismos actos reproduciendo idéntica controversia en dos escritos sucesivos.

En tal sentido, la resolución de fondo que se adopte en uno de los recursos causaría cosa juzgada administrativa en el otro, el cual habría de inadmitirse ante la imposibilidad de volver a analizar motivos y pretensiones ya resueltos.



Sobre la base de lo expuesto, habiéndose interpuesto primero el recurso 427/2018, es este el único que, previo examen del cumplimiento del plazo para su formalización, procede resolver en cuanto al fondo. Nos referiremos a él, en adelante, como “el recurso”. En consecuencia, debe inadmitirse el recurso 3/2019 deducido formalmente contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 28 de noviembre de 2018.

QUINTO. En cuanto al plazo de interposición del 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 escrito de notificación del acuerdo formalmente impugnado tuvo salida del registro del Ayuntamiento el 8 de noviembre de 2018 y, según reconoce el órgano de contratación en su informe ya que no existe otra constancia en el expediente, la recepción de aquel se produjo el 15 de noviembre. Por tanto, el recurso presentado en el Registro del Tribunal el 7 de diciembre de 2018 se ha interpuesto dentro del plazo legal.

SEXTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. MEDIOS ACUÁTICOS solicita el rechazo de todas las ofertas presentadas por incumplimiento de los requisitos del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), así como la correcta valoración de su proposición en tanto no incurre en causa de exclusión alguna.

En primer lugar, la recurrente alega la inadmisibilidad del resto de ofertas. Sostiene que, de la lectura del PCAP, cabe deducir que la información sobre la infografía o planos del proyecto debía aportarse en el archivo 3, toda vez que la



cláusula 27.3 del citado pliego señala inequívocamente como documentos a incluir en este archivo 3 (criterios no sujetos a juicio de valor) el Anexo IV “Plan de nuevas instalaciones deportivas en zona externa del complejo deportivo”, mientras que la cláusula 27.2 (archivo 2: Criterios sujetos a un juicio de valor), solo exige planes y memorias, y en ningún momento infografías o planos.

La recurrente aduce que todas las ofertas menos la suya incluyeron planos o infografía en el archivo 2 y debieron ser rechazadas puesto que tal información formaba parte del archivo 3. Estima que tal equivocación se ha producido, posiblemente, por la inercia de un procedimiento anterior cuyos pliegos fueron invalidados por este Tribunal y donde se incluía la infografía en el sobre b) o sobre 2. A su juicio, esta confusión ha llevado a todas las ofertas y al propio Ayuntamiento a actuar conforme a aquel pliego inicial y no conforme al actual.

Concluye, pues, que la única oferta válida y admisible es la suya que, precisamente, ha recibido baja puntuación por no presentar la citada infografía en el archivo 2, cuando actuó de conformidad con el pliego para proteger el secreto de su oferta y no adelantar información evaluable económicamente (infografía o planos) que pudiera influir en la valoración con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor.

Frente a tal alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que no es posible concluir que estemos ante supuestos iguales; así, en el expediente de contratación del que trae causa la Resolución 56/2018 de este Tribunal, la anulación de los pliegos obedeció a los cambios efectuados en el estudio de viabilidad económica y a la forma de evaluar el plan de inversiones interno, que no tienen ninguna relación con la aportación de un plano o infografía.

Alega que, en los pliegos actuales, la documentación a incluir en el archivo 2 no revela ningún dato económico, si bien con este límite se ha dejado libertad a los licitadores para la presentación de sus propuestas arquitectónicas, habiendo



aportado todos ellos, menos la recurrente, un plano o infografía para concretar el espacio e integración en el entorno de las instalaciones propuestas que se describen en la memoria, sin que de dichas infografías y planos quepa deducir datos económicos algunos, todos los cuales se contienen en el archivo 3 (tarifas, canon, inversión etc).

Concluye, pues, el órgano de contratación que no se han infringido los principios de secreto de las proposiciones ni de igualdad de trato.

Finalmente, BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. y SERVIOICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN, S.L. formulan alegaciones al recurso, oponiéndose al mismo por razones semejantes a las esgrimidas por el órgano de contratación.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Pues bien, lo único que establece la cláusula 26 B) del PCAP, referida, entre otros, al criterio dependiente de un juicio de valor “calidad arquitectónica y medioambiental de la propuesta de instalaciones deportivas y equipamientos en la zona no edificada del recinto deportivo (exterior al centro o edificio de piscinas)” es que *“La justificación o memoria de este criterio no podrá contener datos económicos propios del archivo nº3: de lo contrario, la oferta será declarada nula (...)”*. Nada dice aquella cláusula sobre que no puedan incluirse infografías, y ello en la medida que estas no revelan precios ni presupuestos, ni inciden en aspectos económicos susceptibles de valoración con arreglo a los criterios de evaluación automática.

Sobre esta base, no procede acoger el alegato de rechazo de todas las ofertas que hayan incluido infografías o planos en el archivo 2, más aún si, como señala el informe al recurso, *“constan en el acta de la mesa de 29 de junio, las infografías y planos aportados por las licitadoras, de donde resulta imposible deducir cualquier dato económico”*.

Asimismo, tratándose de un criterio sujeto a juicio de valor, es razonable que la valoración otorgada a la oferta de MEDIOS ACUÁTICOS haya sido menor por



no presentar la citada infografía. Como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, la no aportación de un plano o infografía para concretar el diseño de las propuestas se presta a que si la entidad *“resulta adjudicataria no se sepa cuál es el diseño exacto que se pretende construir sin que los técnicos municipales tengan argumentos técnicos o jurídicos para obligarle a realizar el que “imaginan” que se ha contratado por las descripciones de la memoria. Amén de que una propuesta arquitectónica sin planos resulta incompleta”*.

Con base en las consideraciones anteriores, el motivo debe desestimarse.

SÉPTIMO. En otro alegato, MEDIOS ACUÁTICOS impugna la exclusión de su oferta. El acuerdo impugnado transcribe el acta de la mesa de contratación de 29 de octubre de 2018 donde se recoge que la proposición de la recurrente, en su Anexo IV “Plan de nuevas instalaciones deportivas en zona externa del complejo deportivo Christian Jongeneel”, página 59 “programación de la obra de la Fase II”, inserta un cuadro donde *“gráficamente, y sin lugar a dudas, ha programado las obras para su realización en 18 meses, con manifiesto incumplimiento de la cláusula nº12 del pliego de prescripciones técnicas (...)”*.

La cláusula 12 del citado pliego bajo el título “Finalización de la obra” establece que *“Concluida la ejecución de las obras a realizar, que tendrá lugar dentro de los 12 meses siguientes a la concesión de la licencia de obras, a la recepción de las mismas concurrirá un supervisor municipal designado por el Ayuntamiento, levantándose acta de dicha entrega. Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y el supervisor municipal señalará los defectos observados o deficiencias respecto a lo planeado y lo propuesto en la oferta adjudicada. Si procede detallará las instrucciones precisas, señalando plazo para remediar aquellas. Si transcurrido dicho plazo, el concesionario no lo hubiere efectuado, podrá concederle otro nuevo plazo improrrogable, instruir expediente sancionador e incluso declarar resuelto el contrato.”*

MEDIOS ACUÁTICOS alega que la programación de las obras a que hace referencia la resolución impugnada y en la que basa la exclusión de su oferta corresponde al Anexo IV del PPT *“Plan de nuevas instalaciones deportivas en*



zona externa del complejo deportivo”, donde se contemplan obras que no son obligatorias, al tratarse de una mejora evaluable dentro de los criterios no sujetos a un juicio de valor.

En tal sentido, alega que el PCAP, a los efectos de este apartado, solo valora aquellas propuestas de inversión cuya ejecución temporal se prevea iniciar en el primer año de la concesión y que si el órgano de contratación consideraba que la mejora ofertada por la recurrente no respondía al plazo establecido debió no valorarla pero no excluirla, máxime cuando el PPT prevé la posibilidad de prorrogar el plazo de 12 meses establecido.

En el informe al recurso, el órgano de contratación esgrime que el plazo de terminación en 12 meses no es facultativo, ni susceptible de puntuar con cero puntos, pues ello iría en contra no solo de la cláusula 12 del PPT antes transcrita, sino también de la cláusula 7.1 del mismo conforme a la cual *“El concesionario queda obligado a la ejecución de las obras de nuevas instalaciones deportivas y sus correspondientes infraestructuras en el espacio no edificado incluido en el ámbito de la concesión y que hayan sido planteadas en su oferta, de conformidad con las prescripciones técnicas planteadas en el presente pliego (...)”*, siendo una de estas prescripciones, la terminación en el plazo de 12 meses.

Asimismo, el citado órgano señala que otra cosa distinta es que, cumpliendo las condiciones de los pliegos, la oferta pueda obtener cero puntos o una puntuación muy baja en el criterio y que tampoco se puede concluir, como hace la recurrente, que el pliego contemple la posibilidad de que no se realicen obras en la zona exterior, primero porque no lo indica en ninguna cláusula y, segundo, porque quedarían los aledaños exteriores al edificio principal sin actividad ni infraestructuras, lo cual no es la dicción literal del pliego, ni su finalidad, que no es otra que el tratamiento de todo el recinto.

Concluye, pues, que toda la argumentación realizada por MEDIOS ACUÁTICOS para defender su propuesta de 18 meses no son más que justificaciones



subjetivas para defender el incumplimiento manifiesto y claro de las prescripciones de los pliegos.

En términos parecidos a los del órgano de contratación se oponen al recurso las entidades interesadas en sus escritos de alegaciones.

Expuestas las alegaciones de las partes respecto a este motivo del recurso, hemos de abordar dos cuestiones para resolver si fue o no ajustada a derecho la exclusión de la oferta recurrente.

En primer lugar, debe analizarse si las obras en cuestión referidas al *“plan de nuevas instalaciones deportivas en zona externa del complejo deportivo”* son obligatorias o solo constituyen una mejora ofertada por los licitadores, pues de concurrir esta última circunstancia la oferta de la recurrente no debería haber sido excluida, sino, a lo sumo, no valorada.

Al respecto, la cláusula 11 del PCAP regula las obligaciones del concesionario, previendo en su apartado 3 *“Ampliación, modificación y usos municipales de espacios deportivos”* que *“El concesionario deberá desarrollar el espacio exterior al edificio de piscinas e incluido en el ámbito de la concesión conforme a su propuesta, dedicando este espacio a construir nuevas pistas deportivas descubiertas u otros espacios deportivos o complementarios que permita el PPT y la normativa urbanística (...)”*.

Asimismo, la cláusula 7.1 del PPT, antes transcrita, dispone la obligación del concesionario de ejecutar las obras de nuevas instalaciones deportivas y sus correspondientes infraestructuras en el espacio no edificado incluido en el ámbito de la concesión y que hayan sido planteadas en su oferta, de conformidad con las prescripciones del PPT.

Las citadas cláusulas de ambos pliegos ponen de manifiesto que dichas obras son obligatorias para el concesionario, no tratándose de una mera mejora como pretende hacer ver la recurrente para de ese modo combatir la exclusión de su proposición.



Una vez sentado lo anterior, el incumplimiento de la cláusula 12 del PPT que motiva aquella exclusión resulta clara. La literalidad de la cláusula no deja lugar a dudas: la ejecución de las obras habrá de realizarse dentro de los 12 meses siguientes a la concesión de la licencia de obras y solo cuando las mismas no se hallen en estado de ser recibidas, podrá concederse plazo al concesionario para remediar los defectos observados o las diferencias entre lo planeado y lo propuesto en su oferta, pudiendo incluso otorgarse otro nuevo plazo improrrogable si, transcurrido el primero, el concesionario no hubiera corregido aquellos defectos o diferencias.

Resulta clara, pues, la obligación de ejecución de las obras en un plazo de 12 meses, siendo la posible prórroga una eventualidad durante la vigencia del contrato en caso de que la obra ejecutada no se halle en estado de ser recibida, sin que, en modo alguno, pueda concebirse la prórroga como una prerrogativa de los licitadores a la hora de configurar sus ofertas para poder ampliar el plazo de ejecución de 12 meses que obligatoriamente deben cumplir conforme al PPT.

Con base en las anteriores consideraciones y siendo un dato reconocido por MEDIOS ACUÁTICOS que su oferta ha incumplido el plazo de ejecución de 12 meses establecido en la cláusula 12 del PPT, el motivo esgrimido frente a su exclusión debe ser desestimado.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación 427/2018 interpuesto por la entidad **MEDIOS ACUÁTICOS, S.L.U.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria de 31 de octubre de 2018, 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. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación 3/2019 interpuesto por la misma entidad contra el acuerdo de 28 de noviembre de 2018 del Pleno de la citada Corporación municipal, adoptado en el mismo procedimiento de adjudicación.

TERCERO. No procede levantar la suspensión automática del procedimiento, hasta tanto sean resueltos por este Tribunal los restantes recursos interpuestos contra actos de esta misma licitación.

CUARTO. 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.

QUINTO. 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.

