



Recurso nº 1111/2018 C.A. Castilla-La Mancha 77/2018

Resolución nº 1206/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. A. A. B. en representación de ARASTI BARCA M.A S.L. contra el Acuerdo de Adjudicación, de 10 de octubre de 2018, relativo al Contrato de servicios para la gestión integral de las instalaciones deportivas de Fuensalida, -Expdte. 8/2018- (en adelante, el “Contrato”), siendo órgano de contratación el Excmo. Ayuntamiento de Toledo, (en adelante, “Ayuntamiento”), tramitado por procedimiento abierto, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. ARASTI BARCA M.A S.L. (en adelante “ARASTI” o la “Recurrente”) ha tramitado el procedimiento para la licitación del Contrato de referencia.

El valor estimado del contrato es de 164.952,00 euros (IVA excluido), por tanto, tiene carácter de contratación armonizada a tenor del artículo 21 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”).

Segundo. El anuncio de licitación de la citada contratación fue publicado en la plataforma de contratación del Estado con fecha 27 de julio de 2018.

Tercero. En el plazo de presentación de ofertas, se presentaron las correspondientes a varios licitadores, entre ellos la de ARASTI, y la adjudicataria, la mercantil BRONTOSPORT, S.L. (en adelante, “BRONTOSPORT”), que ha presentado alegaciones frente al recurso de la Recurrente.

El día 21 de agosto de 2018 se reúne la Mesa de Contratación al objeto de proceder a la apertura de los sobres A y, en su caso, de los sobres B resultando, según consta en el Acta de aquella obrante en el expediente, que las citadas empresas presentaron la

documentación completa y que, tras la apertura de los sobres B, que contenían la documentación técnica, se solicita informe al respecto al Técnico de Gestión Deportiva del Ayuntamiento de Fuensalida. Con fecha 30 de agosto de 2018 se reúne de nuevo la Mesa de Contratación, al objeto de valorar la mencionada documentación técnica.

Posteriormente, con fecha 5 de septiembre de 2018, vuelve a reunirse la Mesa de Contratación al objeto de proceder a la apertura de los sobres C. De este acto, se derivó solicitud a ARASTI para que completara la información relativa a su objeto social en relación con el objeto de contrato.

Tras efectuarse el anterior requerimiento, reunida la Mesa de Contratación el día 11 de septiembre de 2018, se determinó que la Recurrente no reunía las características necesarias para la obtención de la puntuación que determinaría a su favor la adjudicación del contrato.

Por todo lo anterior, y reunida la Mesa de Contratación, se procedió a otorgar la puntuación relativa a los criterios objetivos, resultando la oferta más ventajosa la de BRONTOSPORT, ordenándose a la empresa propuesta para adjudicación que en el plazo de 10 días presentara la documentación preceptiva para poder contratar válidamente con la administración contratante. Este trámite fue debidamente cumplimentado.

Cuarto. El recurso de ARASTI se fundamenta, en síntesis, en el incumplimiento por la actual adjudicataria consistente en (i) la falta de justificación del cumplimiento de los requisitos previos de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, (ii) la errónea valoración de la mejora consistente en la certificación de sistema de gestión de calidad, (iii) la falta de capacidad del adjudicatario y, finalmente, (iv) por no concurrir en BRONTOSPORT solvencia financiera en el momento de la presentación de ofertas.

Quinto. Ante la solicitud de adopción de medidas cautelares, las mismas han sido acordadas por la Secretaria del Tribunal, por delegación de este.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP y en el Convenio

suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha el 15 de octubre de 2012, publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

Antes de proceder a la resolución del recurso formulado, cabe recordar que existe un límite a la jurisdicción de este Tribunal. En este sentido, este Tribunal solo tiene una función revisora, por tanto, su función consistirá en determinar si procede o no declarar la invalidez del acto recurrido y, si así procede, ordenar la retroacción de actuaciones al momento en que el vicio se produjo, pero no sustituir al órgano de contratación en el ejercicio de sus funciones ni en la interpretación de los pliegos cuando su redacción es clara y conforme a la LCSP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada al tratarse de una persona jurídica, licitadora en el Contrato, que finalmente no resulta adjudicataria del mismo, en virtud del acuerdo que ahora impugna y por lo tanto, *“cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48, primer inciso de la LCSP).

Cuarto. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles desde la notificación al interesado del acto o acuerdo recurrido, o desde su publicación, de acuerdo con el artículo 50.1 de la LCSP. En el mismo sentido cabe citar el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. El recurso ha sido interpuesto en plazo.

Quinto. La mercantil Recurrente, ARASTI, basa su recurso, como se indicaba anteriormente, en (i) la falta de justificación del cumplimiento de los requisitos previos de por BRONTOSPORT de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, (ii) la errónea valoración de la mejora consistente en la certificación de sistema de gestión de calidad, (iii) la falta de capacidad de BRONTOSPORT y, finalmente, (iv) no concurrir en ésta la necesaria solvencia financiera.

Sexto. Con carácter previo, antes de tratar la cuestión relativa a la valoración y consideración técnica de la oferta de BRONTOSPORT por el órgano de contratación, hay que recordar, tal y como señala la propia Recurrente, los pliegos constituyen *lex contractus* y ellos determinarán la forma de acreditar los criterios susceptibles de valoración de las empresas admitidas a la licitación. Al respecto, hay que recordar que los pliegos, tal y como han sido aplicados en la licitación, no fueron recurridos por la ahora Recurrente.

Con base en lo anterior, procede entrar a analizar el primer motivo de impugnación de la adjudicación que se refiere a la falta del cumplimiento de BRONTOSPORT de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la seguridad social, ya definidas conforme la LCSP y que así se reflejó en los pliegos.

Al respecto, como bien señala el órgano de contratación ante este Recurso, hay que partir del hecho de que, por la documentación presentada por BRONTOSPORT con carácter previo al requerimiento de esta documentación, efectuado mediante Decreto de Alcaldía nº 1222/2018, el propio órgano de contratación tuvo conocimiento de que BRONTOSPORT se trataba de una empresa de nueva creación. En estos casos, sabido es que puede ocurrir que los licitadores, en el momento de presentar su proposición, no estén dados de alta en la Seguridad Social porque no han realizado ninguna actividad que requiera darse de alta o no estén dados de alta en el Impuesto de Actividades Económicas porque no realicen ninguna actividad sujeta a este Impuesto, y este criterio parece razonable, por cuanto salvaguarda la libre concurrencia y la competencia entre licitadores.

Con base en lo anterior, el órgano de contratación, entendió que tal circunstancia (estar ante una empresa de nueva creación), le impedía a aquella presentar los correspondientes certificados a nombre de BRONTOSPORT dando por acreditado el requisito de hallarse la empresa al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social a la vista tanto de la declaración responsable emitida al respecto por el representante de dicha empresa y obrante en el sobre A presentado, y que tal y como recoge la LCSP y el RGLCAP (artículo 13 y 15 de su cuerpo legal) es suficiente para cumplimentar debidamente este trámite (en este sentido, se presentó, posteriormente, por la adjudicataria la documentación preceptiva). En efecto, la acreditación de estar al corriente en el cumplimiento de dichas obligaciones solo es necesario si se desarrolla la actividad

social de la empresa, no en caso contrario, como resulta del texto de los artículos citados del RGLCAP, de los que se deduce que los respectivos requisitos están vinculados, bien a que se desarrolle la actividad, bien a que exista obligación de presentar las declaraciones correspondientes, lo que no es el caso mientras que no se ejerza o no se haya ejercido la actividad social.

Por tanto, este motivo debe ser desestimado.

Séptimo. En lo que se refiere a la valoración de la mejora consistente en “certificación del sistema de gestión de calidad”, debe partirse del hecho de que tal criterio de adjudicación se refiere exclusivamente a la posesión de esa certificación por parte de los licitadores, certificación que, cualquiera que fuera su contenido, solo acredita aspectos relativos a la solvencia técnica de las empresas. Por ese motivo y con carácter previo al examen del motivo alegado, hemos de poner de manifiesto nuestra doctrina sobre la admisibilidad o no de la posesión de certificados de gestión de la calidad o de otro tipo como criterios de adjudicación, que es negativa. Es ese sentido, baste citar aquí la Resolución nº 902/2017 del Recurso nº 632/2017, en la se determina lo siguiente:

“Bien es cierto que este criterio de valoración, dadas las características de los certificados a que se refiere no cumple los requisitos propios de estos a tenor del artículo 150.1 TRLCSP(“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”), pues hacen referencia a cualidades de la empresa en sí y no a la calidad de la oferta, pero no pudiendo considerarse la infracción como causante de nulidad de pleno derecho ni habiendo sido impugnados los pliegos en cuanto a este extremo, ha de estarse a lo en ellos dispuesto. En consecuencia este motivo de exclusión no puede prosperar”

Por tanto, el citado criterio de adjudicación no es admisible como tal; no obstante, como el PCAP no ha sido impugnado por nadie en el aspecto indicado, no procede que entremos a examinar su legalidad, limitándonos aquí a ponerlo de manifiesto sin más consideraciones.

En lo que atañe a la discrecionalidad en la valoración de la mejora consistente en la certificación del sistema de gestión de calidad, en este punto procede, sin más, traer a

colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración en lo que se refiere a la aplicación de los pliegos que son ley del contrato. Al respecto, venimos manifestando que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos, como es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla.

Así por ejemplo, en la Resolución 516/2016 ya razonábamos que *“la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor”*.

Y, en dicha línea, y con cita de otras previas resoluciones del Tribunal, se señala que, sobre la aplicación de los criterios de valoración a los elementos evaluables mediante juicio de valor, *“el análisis ha de quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios, o que no se haya incurrido en error material que pueda afectarla. Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal”*.

La utilización del criterio de discrecionalidad técnica ya fue reconocido por este Tribunal en la Resolución de fecha 1 de agosto de 2013 en cuyo apartado Décimo se señalaba que la valoración está amparada por el principio de discrecionalidad técnica, no siendo posible la

sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente o por el de este Tribunal.

Asimismo, dicha resolución señaló que *“lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica”*.

Pues bien, lo anterior, en lo que atañe al caso concreto, es aplicable al caso, por cuanto el PCAP, que es *lex contractus* como se indicaba anteriormente, en su cláusula 9 relativa a los criterios de adjudicación y dentro de los criterios objetivos un apartado relativo a las “mejoras”, dentro de la cual se incluye el siguiente tenor literal *“Certificación de sistema de gestión de calidad (5 puntos)”*, tras las correspondientes valoraciones, se llega a la conclusión por el órgano de contratación de que la certificación a la que se refería el PCAP debía guardar relación directa con el objeto del contrato, el cual no era únicamente la docencia, coordinación y administración de las Escuelas Deportivas sino también las labores de apertura, custodia y cierre, mantenimiento y limpieza de las instalaciones deportivas, a las cuales no se refería el certificado presentado por ARASTI. Es decir, el certificado exigido debe acreditar el cumplimiento de determinadas normas de gestión de la calidad en relación con el total objeto del contrato, que es la gestión integral de instalaciones deportivas, normas y certificados que sí existen en el mercado, por lo que no es admisible un certificado de gestión de la calidad que ampare solo una parte del objeto del contrato, la relativa a la docencia deportiva, pero no la otra, que es la calidad en la gestión y mantenimiento de las instalaciones, en especial, en lo relativo a los aspectos higiénicos sanitarios.

Por lo anterior, este segundo motivo, también debe ser desestimado.

Octavo. En lo atañe al argumento *“falta de capacidad del adjudicatario”* planteado por ARASTI en función del objeto social que consta en sus documentos de constitución mercantil, no cabe sino remitirse a lo que ya se argumentó por el Ayuntamiento de Toledo en lo relativo a la aplicación, en este estricto ámbito del objeto social de una empresa, de atender a un criterio extensivo.

En efecto, el órgano de contratación argumentó, y este Tribunal hace suyos tales argumentos, “*A diferencia de lo que ocurre con las mejoras (dentro de las cuales se encontraba la presentación del certificado referido) que, según ha venido estableciendo numerosa doctrina sentada por numerosos órganos consultivos en materia de contratación administrativa, deben estar directamente relacionadas con el objeto del contrato, la relación entre el objeto social de la correspondiente empresa y las prestaciones incluidas en el objeto del contrato, de acuerdo con esa misma doctrina que hace una interpretación amplia del artículo 57.1 del TRLCSP (de idéntica redacción al invocado artículo 66 de la LCSP), puede ser directa o indirecta, no resultando exigible una identidad, literalidad o equiparación de la definición de las prestaciones propias, fines, objeto o ámbito de la actividad de la empresa con las del objeto contractual.*”

En este caso, a la vista de la escritura de constitución presentada por BRONTOSPORT, que se refiere en cuanto a su objeto social a la *educación deportiva y recreativa*, este Tribunal entiende que la interpretación efectuada por el órgano de contratación es correcta y abarca correctamente el objeto del contrato objeto de licitación.

Noveno. Por último, ARASTI, alega que BRONTOSPORT no muestra solvencia financiera.

A este respecto, baste recordar que nuestro ordenamiento (artículo 87.1.b), interpretado por este Tribunal en materia de contratación y por la Junta Consultiva de Contratación (entre otras, por lo señalado en su recomendación de 28 de febrero de este año) las empresas de nueva creación podrán participar de las licitaciones mediante la presentación de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales equivalente, o por cuantía superior, al del valor estimado del contrato, y la razón de ser de lo anterior, no es otra que proteger la competencia y la libre concurrencia entre los licitadores.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M. A. A. B., en representación de ARASTI BARCA M.A S.L. contra el Acuerdo de Adjudicación, de 10 de octubre de 2018,

relativo al Contrato de servicios para la gestión integral de las instalaciones deportivas de Fuensalida, -Expdte. 8/2018- por considerarse ajustado a derecho.

Segundo. Se acuerda levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.