

Recurso nº 054/2024

Resolución nº 62/2024

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

En Madrid, a 15 de febrero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Nicman Restauración S.L. (en adelante Nicman) contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 18 de enero de 2024, por la que se considera retirada la oferta de la recurrente a la Concesión de servicios para la construcción y explotación de la instalación deportiva básica- Padel Arroyo del Fresno” promovido por la Junta de Distrito del Ayuntamiento de Madrid de Fuencarral- El Pardo número de expediente 108/2022/01798 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 29 de marzo de 2023 y en el perfil del contratante del Distrito Fuencarral-El Pardo alojado en la PCSP el 31 de marzo de 2024, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

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

A la presente licitación se presentaron dos licitadores, entre los que se encuentra el recurrente.

Segundo.- Tras alcanzar el momento procesal de clasificación de ofertas, la mesa de contratación previamente a elevar la propuesta de adjudicación al órgano de contratación, solicitó al primer clasificado, y hoy recurrente, la documentación relacionada en el art. 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y en la apartado 17 del Anexo 1 al PCAP.

Llegados a dicho momento procesal y, tras el estudio por parte de la mesa de contratación de la documentación presentada, ésta se considera incompleta, otorgando un plazo de subsanación al recurrente.

Presentada la subsanación en tiempo y forma, la mesa de contratación observa que en el apartado de suscripción de seguros existen distintos defectos que inhabilitan dicha documentación como correcta, por lo que acuerda la exclusión de la oferta presentada por la hoy recurrente.

No obstante, Nicman el 12 de enero de 2024 y ante el acuerdo descrito en el párrafo anterior y notificado el día anterior, planteo ciertas alegaciones sobre el posible error de la mesa de contratación al examinar la documentación presentada.

En fecha 18 de enero de 2024 la mesa de contratación valoró las alegaciones efectuadas por Nicman y se ratificó en la exclusión de la oferta por éste presentada.

Tercero. - El 30 de enero de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Nicman en el que solicita tengan por válida la documentación presentada y en consecuencia se eleve la

propuesta de adjudicación al órgano de contratación para que la resuelva de forma efectiva.

El 7 febrero de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 18 de enero de 2024 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 30 de enero de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso, se centra en dilucidar si el recurrente ha cumplido fielmente con la obligación de aportación documental acreditativa de las obligaciones que imponen los pliegos en materia de seguros de responsabilidad.

Es necesario, previamente a conocer las posiciones de las partes, transcribir las imposiciones en la materia que se establecen en el apartado 17 del Anexo 1 al PCAP:

“...17.- Pólizas de seguros. (Cláusula 38)

Procede: Sí. La empresa adjudicataria se compromete a comunicar al Ayuntamiento de Madrid la anulación de la póliza o cualquier modificación sustancial de sus condiciones. El artículo 196.1 LCSP establece la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Asimismo, el artículo 311.2 del citado texto legal dispone que éste será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato. Por su parte, el apartado Octavo de la Instrucción 5/2016, aprobada por el

Decreto de 15 de diciembre de 2016 del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, relativa a los criterios de actuación en la contratación municipal, de conformidad con el precitado artículo, señala que el contratista será responsable de todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo en aquellos supuestos en los que los daños o perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración, instando a que, para el eficiente cumplimiento de la citada obligación, deban adoptarse todas las actuaciones que se consideren necesarias y que conduzcan a su cumplimiento.

Asimismo, el apartado 3.3 de la Instrucción conjunta del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda y de la Gerente de la Ciudad sobre responsabilidad de los contratistas en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, aprobada por Decreto de 5 de octubre de 2017 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, establece la obligación del órgano de contratación de exigir al contratista la suscripción de un contrato de seguro de responsabilidad civil o riesgos profesionales en aquellos contratos cuyo objeto se refiere a las prestaciones que enumera, recogándose concretamente en el apartado j) del mismo la “Prestación de servicios sociales, asistenciales, educativos, deportivos, culturales, ocio, tiempo libre y en general cualquier tipo de servicios cuyos destinatarios directos sean los ciudadanos”, cual es el del que nos ocupa, incidiendo en que, en estos supuestos, dicho contrato de seguro no podrá establecer franquicias, debiendo cubrir todos los daños que se ocasionen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, con independencia del valor de los mismos.

Por lo anterior y aplicable a todos los seguros, los mismos no deberán contemplar franquicia alguna. El Ayuntamiento de Madrid figurará en ella como asegurado adicional sin perder su condición de tercero. En la póliza debe aparecer expresamente el título del contrato...”.

Tras la presentación de la documentación requerida en el art. 150.2 del PCAP y en la cláusula 25 del PACP con referencia al apartado 17 del Anexo 1 al PCAP, la recurrente aportó distinta documentación que tuvo que ser subsanada. Surgiendo el debate en relación con los seguros solicitados y en concreto sobre la existencia de un seguro todo riesgo de construcción que se justificará mediante entrega de una copia de la póliza, del pago de la prima correspondiente y de una certificación emitida por la entidad aseguradora en la que conste su compromiso de comunicar al Distrito de Fuencarral-El Pardo la anulación de la póliza o cualquier modificación sustancial en sus condiciones. Asimismo, ninguna de las pólizas deberá contemplar franquicia. En todas ellas el Ayuntamiento de Madrid figurará en ella como asegurado adicional sin perder su condición de tercero. Además, en la póliza debe aparecer expresamente el título del Contrato.

Subsanada la documentación en plazo y forma el 18 de diciembre de 2024, la presentación de las pólizas son consideradas suficientes por el recurrente, por los siguientes motivos:

- 1.- La póliza de seguro de todo riesgo construcción sí contempla al Ayuntamiento de Madrid como asegurado adicional sin perder su consideración de tercero desde el inicio de la póliza.
- 2.- La prima fue abonada conforme requiere el PCAP.

Se ha de destacar que con fecha 18 de enero de 2024, la mesa de contratación acuerda incluir un nuevo defecto de la póliza aportada cual es la falta de pago de la prima.

El recurrente mantiene que en primer lugar, se aceptó por la mesa que la prima no fuera abonada hasta que obtuviera la adjudicación del contrato, por lo cual entiende que el órgano de contratación está actuando en contra de sus actos. Mantiene

igualmente que la póliza presentada si considera al Ayuntamiento como asegurado adicional sin perder su condición de tercero.

Informa al Tribunal que previamente a la aportación de la póliza entregó a la mesa de contratación dos certificados emitidos por la compañía aseguradora en los que se hace constar expresamente que la póliza entregada figura el Ayuntamiento de Madrid como asegurado adicional y beneficiario ni perder su condición de tercero, incluyendo además que este hecho no condiciona, anula o modifica ninguna de las condiciones del seguro estipuladas en las condiciones particulares.

Este Tribunal ha examinado dichos certificados aportados por la recurrente y que figuran en el expediente de contratación como documentos 42 y 45. En ellos efectivamente se considera al Ayuntamiento de Madrid como beneficiario sin perder la condición de interesado.

El Ayuntamiento de Madrid, se opone a considerar como suficientes los documentos analizados y en consecuencia no cumplen con los requisitos establecidos en el PCAP.

Si bien esta postura del órgano de contratación no es compartida por este Tribunal, llegamos al momento de analizar la segunda de las razones por las que han sido rechazadas las pólizas y en este caso, el pago de la prima que será la justificación de la suscripción de la póliza, no se ha producido en el momento procesal oportuno, que según se establece en el PACP es el previo a la adjudicación del contrato.

El propio recurrente en su recurso pone en evidencia este momento procesal, pero considera, erróneamente, que no se encuentra aún en él.

Es evidente que ya estamos en ese momento procesal, por lo que las pólizas aportadas carecen de la validez necesaria al no estar acompañadas de la acreditación del pago de la prima.

Esta falta del abono de la prima ha pretendido subsanarla con fecha 12 de enero de 2024. La posibilidad de concesión de un nuevo plazo para que subsanara nuevamente su documentación, es una circunstancia sobre la que se han pronunciado de modo unánime los Tribunales de resolución de recursos contractuales negando dicha posibilidad.

Este Tribunal se pronunció, entre otras en su Resolución 319/2018, de 10 de octubre, en la que manifestábamos “... *Especial mención a este supuesto efectúa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 793/2016, donde dice: “Como este Tribunal afirmó en su Resolución 78/2013, de 14 de febrero, si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales, en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública (por todas, Resoluciones de este Tribunal 237/2012, de 31 de octubre, y 271/2012, de 30 de noviembre, e informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 26/97, de 14 de julio, 13/92, de 7 de mayo, y 1/94, de 3 de febrero, entre otros muchos), tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP), habiendo declarado este Tribunal en la Resolución 39/2011, de 24 de febrero de 2011 que ‘parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno ...’.*”

No podemos entrar a valorar la pertinencia del momento procesal para solicitar el pago de las primas de los seguros, como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En este caso concreto el recurrente podría haber impugnado los pliegos de condiciones a fin de evitar que el pago de la prima de las pólizas de seguros fuera anterior a la adjudicación, sin poder aventurarnos a determinar el éxito de su pretensión, pero llegados a este momento de la licitación solo queda considerar que los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Recordando igualmente que no cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Por todo lo cual se desestima el recurso en base a todos sus motivos.

En cuanto a la solicitud de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, no ha lugar a ella por haber entrado a conocer directamente el fondo del asunto.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Nicman Restauración S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 18 de enero de 2024, por la que se considera retirada la oferta de la recurrente a la Concesión de servicios para la construcción y explotación de la instalación deportiva básica- Padel Arroyo del Fresno” promovido por la Junta de Distrito del Ayuntamiento de Madrid de Fuencarral- El Pardo número de expediente 108/2022/01798

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

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.