

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

En Madrid, 6 de mayo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación de Comerciantes Minoristas del Mercado de Moratalaz (en adelante Asociación de Comerciantes), contra el decreto de 6 de abril de 2021 del Delegado del Área de Gobierno de Economía, Innovación y Empleo del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el contrato de “Concesión de servicios del servicio público del mercado municipal en el inmueble denominado “Mercado de Moratalaz”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, con fecha 18 de diciembre de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 11.750.126 euros y su duración de

25 años.

A la presente licitación se presentaron tres licitadoras, entre ellas la recurrente.

El 26 de enero de 2021 se celebró la mesa de contratación para la apertura de las proposiciones económicas presentadas por los tres licitadores admitidos al procedimiento.

Con fecha 8 de febrero de 2021, se emitió informe técnico de valoración de las ofertas presentadas para la adjudicación del contrato de concesión de servicio público.

El 17 de marzo de 2021, se reúne la mesa de contratación del Área de Economía, Innovación y Empleo para calificar la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos presentada por la empresa propuesta como adjudicataria del contrato.

Con fecha de 6 de abril de 2021, el Delegado del Área de Gobierno de Economía, Innovación y Empleo del Ayuntamiento de Madrid dicta acuerdo de adjudicación del contrato, que fue notificado el 8 de abril.

Segundo.- El 19 de abril de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la Asociación de Comerciantes, en el que solicita la anulación del acuerdo de adjudicación del contrato.

El 22 de abril de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al

ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Tercero.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los adjudicatarios de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 30 de abril de 2021, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones, oponiéndose a la estimación del recurso, en los términos a los que se hará referencia en el Fundamento de Derecho Quinto.

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 persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“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 de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 8 de abril de 2021, e interpuesto el recurso en el órgano de contratación el 19 de abril de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar a conocer sobre el fondo del asunto, resulta de interés señalar que el PCAP estable en su Anexo I:

19.4.- Ofertas inadmisibles.

Se consideraran ofertas inadmisibles:

Aquellas ofertas con puntuación inferior a 100 en los valores A, B o C.

Aquellas ofertas en las que el promedio de rentabilidad de la concesión sea negativo en el Estudio de Viabilidad Económico-Financiero una vez tramitado el procedimiento previsto en el artículo 149.1 de la LCSP para las ofertas anormales.

20.- Ofertas anormalmente bajas.

No procede.

La recurrente considera que la oferta de la adjudicataria debió ser rechazada, por los motivos que se analizan a continuación:

5.1 Considera que la adjudicación impugnada conllevará a una desfavorable gestión del Mercado Municipal de Moratalaz, destacando la oferta de canon variable en relación con la baja temeraria.

Señala que la adjudicataria ofrece un 100% del margen definido. Teniendo en cuenta que, básicamente, es la diferencia entre los ingresos y los gastos de explotación ordinarios, no es comprensible como una empresa privada puede ofrecer semejante cifra. El órgano de contratación debió presumir la existencia de una baja desproporcionada o temeraria, todas esas dudas deben suscitarse al comprobar la falta de interés económico.

Añade que *“Si observamos otros licitadores como Asociación de Comerciantes Minoristas Del Mercado de Moratalaz, presentaron una canon variable del 96%., que si bien se podría reprochar también una baja temeraria, solo cuatro puntos menos que RYA RESIDENCIAS S.L., lo cierto es que la Asociación no tiene ánimo de lucro sino que se trata de los comerciantes que ejercitan su labor en el Mercado de Moratalaz y con ello gestionado el mismo sin interés económico alguno solo la supervivencia de sus propios negocios , sin que hasta la fecha se haya producido en alteración ni malfuncionamiento alguno”.*

Así mismo, alega que *“Si bien en el pliego de condiciones no se establece criterios que sirven para definir una oferta como desproporcionada o temeraria, es obvio que un canon variable de RYA RESIDENCIAS S.L. del 100%, y en el mismo informe, página 10, se excusa sobre lo dudoso de la oferta al hablar de que no garantiza rentabilidad mínima, riesgo y ventura del concesionario”.*

Concluye señalando que el adjudicatario presenta una oferta anormalmente baja o temeraria, considerando como tales a aquellas ofertas cuya probabilidad de materialización, a priori, resulta remota o dudosa a los efectos de dar cumplimiento adecuado al objeto del contrato. Y ello, habida cuenta que las mismas presentan un

importe económico inferior al umbral mínimo previamente establecido, pues no obtendría beneficio alguno al ofertar un canon variable del 100%, lo que podría llevar a que obtuviera beneficios eliminando personal, contratando por media jornada (y obligando a trabajar 10 h diarias) pagando a los operarios por debajo de convenio, dejando de pagar o retrasando al máximo los pagos a subcontratas y proveedores que, a su vez, revierten esta situación en sus empleados y usuarios del mercado.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que PCAP, en el Anexo I, punto 20 no contempla expresamente las ofertas anormalmente bajas. Sí contempla el PCAP en el punto 19.4 del Anexo I, las ofertas inadmisibles, considerando como tales aquellas ofertas con puntuación inferior a 100 en los valores A, B o C y aquellas ofertas en las que el promedio de rentabilidad de la concesión sea negativo en el Estudio de Viabilidad Económico-Financiero una vez tramitado el procedimiento previsto en el artículo 149.1 de la LCSP para las ofertas anormales. Ninguna de las ofertas presentadas ha sido considerada inadmisibile al no encontrarse en los supuestos de inadmisibilidad. Ninguna ha obtenido puntuaciones inferiores a 100 en los criterios de valoración y ninguna ofrece márgenes de rentabilidad negativos, como puede comprobarse en el informe técnico de 8 de febrero de 2021 emitido al efecto.

Señala que la adjudicataria presenta en su proyecto un promedio de rentabilidad sobre ingresos antes de impuestos del 2,48%, muy cercano al promedio del 3,21% presentado en su proyecto por el recurrente. A mayor abundamiento se han comparado las ofertas de los licitadores con el escenario base para licitación elaborado por el Ayuntamiento, resultando que el promedio de rentabilidad de la recurrente en relación a este escenario base, es de un 2,13%, el de la recurrente es de un 2,35 %, por lo que la diferencia entre las ofertas es mínima.

Concluye que, dado que la oferta presentada por la adjudicataria, no ha obtenido una puntuación inferior a 100 en los valores A, B o C ni tiene un promedio

de rentabilidad negativo, no puede calificarse la misma como inadmisibile, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 19.4 del Anexo I al PCAP que rige la licitación. En virtud de lo anterior, no se daban las circunstancias necesarias para que la mesa de contratación acordara la tramitación del procedimiento previsto para las bajas incursoas en presunción de anormalidad.

Por su parte, el adjudicatario sostiene que es absolutamente falso que haya presentado una oferta “anormalmente baja”, ya de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 18 del PCAP y apartado 20 del Anexo I del PCAP, no están contemplados los criterios para las mismas.

Por otro lado, destaca que su oferta reproduce fielmente el contenido de los costes contemplados en la Ordenanza Municipal, ofertando la cantidad exacta tanto en partidas como en conceptos, hasta concluir que los gastos ascenderán a los 335.000 euros, requeridos en el PCAP. Añade que la propia recurrente asume y acata que los gastos a incurrir por ella, según indica en su oferta, eran igualmente de 335.000 euros, según deja constancia expresa el Informe del Técnico Municipal y de la Jefa de Servicios de Mercados de 08/02/2021.

Concluye señalando que el verdadero motivo real del recurso es la de impugnación extemporánea del PCAP y sustitución del criterio valorador del PCAP por el suyo propio e interesado. Si la recurrente no estaba conforme con las condiciones de valoración del PCAP, debió impugnarlo en tiempo y forma, conforme a la LCSP.

Vistas las alegaciones de las partes, procede, en primer lugar, traer a colación la reiterada doctrina que declara que el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye auténtica *lex*

contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 afirma que *“esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía”*.

Por su parte, el artículo 139 de la LCSP establece *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”*.

En el caso que nos ocupa, los criterios para la inadmisión de las ofertas están claramente recogido en la cláusula 19.4 del Anexo I del PCAP, transcrito

anteriormente. Así mismo, en su cláusula 20 del Anexo I del PCAP, sobre ofertas anormalmente bajas, se señala que “no procede”.

Es a la luz de estos criterios a través de los cuales debe considerarse si la oferta de la adjudicataria debió ser admitida, sin que sea procedente traer a colación argumentaciones ajenas a los mismos.

El informe técnico sobre la valoración de las ofertas es claro y exhaustivo, realizando cálculos pormenorizados de las mismas en base a lo dispuesto en los pliegos. La conclusión respecto a la adjudicataria es el siguiente:

“Es la oferta económicamente más ventajosa:

- La oferta establece un presupuesto anual de gastos de explotación, incluida la dotación anual para reposiciones ofertada en el apartado C, de 335.000,00 euros (IVA excluido) para el primer año de explotación.*
- Las estimaciones de rentabilidad realizadas por RYA RESIDENCIAS S.L. en el Proyecto de explotación presentado, se han calculado partiendo de unas hipótesis en ingresos y en gastos, que, excluidos los gastos de explotación y la dotación para reposiciones y grandes reparaciones, son distintas a las consideradas en el escenario base de ocupación considerado para la redacción del proyecto de explotación publicado por la administración.*
- En la cuenta de resultados provisionales presentada, se han estimado unos gastos 362.915 euros frente a los 338.102 euros que figuran en el escenario base de ocupación publicado por la Administración, lo que supone unos gastos superiores en 24.813 euros. Así mismo el licitador ha estimado unos ingresos por un importe de 380.973 euros que con respecto a los 387.154 euros que constan en el mencionado proyecto de explotación suponen unos ingresos inferiores en 6.181 euros.*

- El licitador ha proyectado un promedio de rentabilidad sobre ingresos antes de impuesto del 2,48%, que con respecto a lo publicado en el proyecto de explotación que es un 8,31% supone una disminución del beneficio en un 5,97%”.

Una vez acreditado el cumplimiento estricto de los pliegos, circunstancia que tampoco ha sido cuestionada por el recurrente, no cabe sino considerar que la adjudicación, en este punto, es ajustada a derecho, por lo que procede la desestimación del presente motivo.

5.2 Respecto al segundo motivo, la recurrente alega que las prohibiciones para contratar constituyen una serie de circunstancias que determinan que las personas, físicas o jurídicas, que incurran en las mismas no podrán ser parte en ningún contrato administrativo.

A este respecto, realizada una serie de aseveraciones referidas a supuestos casos de corrupción política, incorporando información de periódicos digitales. Concluye que, si bien no hay sentencia firme y resolución sancionadora iría en contra de la transparencia y la buena fe de la administración, en el presente caso el Ayuntamiento de Madrid el hecho de contratar con empresas que enturbian la imagen de la institución.

Por su parte, el órgano de contratación señala que la adjudicataria no está incurso en prohibición de contratar por ninguna de las causas recogidas en el artículo 57, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE, o en el artículo 71.1 de la LCSP.

Por su parte, la adjudicataria manifiesta *“Cuando se basa la impugnación de una resolución administrativa en acusaciones personales, basadas en publicaciones en prensa y datos SIN CONTRASTAR, esas mismas acusaciones constituyen*

precisamente la prueba de que el recurrente no tiene más que la difamación y el ataque al honor y la dignidad de las personas como argumentación”.

Vistas las alegaciones de las partes, no consta que la adjudicataria esté incurso en prohibición de contratar, por lo que procede la desestimación del motivo de recurso.

5.3 Respecto al tercer motivo del recurso, se fundamenta en la falta de solvencia económica y la falta de adecuación del objeto social.

A este respecto señala que “Pesar de tratarse de una Sociedad Limitada Unipersonal y, por tanto, no tener problemas con el COVID 19 para la celebración de juntas, no consta que RYA RESIDENCIAS, S.L.U. haya depositado las cuentas correspondientes al último ejercicio.

La información del último Depósito de Cuentas individual contenida en el Informe que obra en nuestro poder, de fecha 25/2/2021, procede del Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad a fecha 31/10/2019. Lo que a la postre podría ser causa que prohíba la contratación (arts. 71 a 73 LCSP)”.

Por su parte, el órgano de contratación señala que el artículo 86.1 de la LCSP dispone que *“La solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley”.*

En cuanto a la acreditación de la solvencia técnica, el apartado 11 del Anexo I del PCAP establece que *“El volumen anual de negocios del licitador o candidato, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos años concluidos (2017, 2018 y 2019) deberá ser superior a 300.000 euros, debiendo acreditarse mediante declaración responsable firmada por el representante legal de la entidad”.*

Rya Residencias S.L.U. acredita su solvencia económica presentando declaración responsable en la que se indica que supera los requisitos mínimos exigidos en los siguientes términos:

“Año 2019: 2.892.787,58 €

Año 2018: 8.280.254,92 €

Año 2017: 4.998.028,90 €”.

Por tanto, no se exige para acreditar la solvencia económica de la empresa la presentación de las cuentas anuales, sino una declaración responsable indicando que su volumen anual de negocios referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos años concluidos (2017, 2018 y 2019) es superior a 300.000 euros, quedando por tanto acreditada la solvencia económica en los términos establecidos en el PCAP.

Por su parte el adjudicatario señala *“En este apartado de nuevo la recurrente incurre en una temeraria afirmación, pues NO se guía POR DATOS OFICIALES DEL REGISTRO MERCANTIL, sino por informes gratuitos obtenidos por internet, los cuales además de desactualizados, no tienen todos los datos reales para emitir conclusiones adecuadas a la realidad”.*

Incorpora como documento adjunto la Escritura pública debidamente inscrita en el Registro Mercantil, donde consta, dentro de su objeto social, el arrendamiento de todo tipo de inmuebles en general, así como la gestión y explotación de todo tipo de servicios en edificios, residencias, urbanizaciones, públicas o privada.

Vistas las alegaciones de las partes, este Tribunal constata que, el apartado 11 del PCAP establece que el volumen anual de negocios del licitador o candidato, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos años concluidos (2017, 2018 y 2019) deberá ser superior a 300.000 euros, debiendo acreditarse mediante declaración responsable firmada por el representante legal de la entidad.

Consta en el expediente la declaración responsable exigida en los pliegos por cuantía superior a la requerida, presentada por la adjudicataria, por lo que debe considerarse acreditada la solvencia económica. Por ello, procede la desestimación del presente motivo.

Finalmente, respecto a la falta de adecuación del objeto social de la empresa, el órgano de contratación alega que *“tal y como consta en la documentación aportada por Rya Residencias S.L.U. como propuesta adjudicataria, la empresa se encuentra dada de alta en el Grupo o epígrafe/sección IAE: 861.2 - ALQUILER LOCALES INDUSTRIALES Y OTROS ALQUILERES N.C.O.P. (no comprendidos en otras partes), adecuándose en consecuencia a lo exigido en el pliego”*.

Constatada esta circunstancia, no cabe sino la desestimación del motivo de recurso.

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 de la Asociación de Comerciantes Minoristas del Mercado de Moratalaz, contra el decreto de 6 de abril de 2021 del Delegado del Área de Gobierno de Economía, Innovación y Empleo del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el contrato de “Concesión de servicios del servicio público del mercado

municipal en el inmueble denominado “Mercado de Moratalaz”.

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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.