

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

En Madrid, a 11 de julio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de PAVAPARK MOVILIDAD, S.L. (en adelante PAVAPARK) contra el Decreto, de 14 de mayo de 2024, por el que se adjudica el contrato de concesión de servicios de “Adecuación y explotación del aparcamiento subterráneo Luna-Tudescos. Distrito Centro” del Área de Gobierno de Urbanismo, Medio Ambiente y Movilidad de la Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 131/2023/13414, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 22 de diciembre de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 57.335.775 euros y su plazo de duración será de 25 años.

A la presente licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo. - Tramitado el procedimiento de licitación el 14 de mayo de 2024 se adjudica el contrato a ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. (en adelante ORTIZ).

Tercero. - El 5 de junio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de PAVAPARK en el que solicita que se excluya a ORTIZ y a CONTINENTAL PARKING, S.L. por incumplir lo establecido en los pliegos en cuanto a la distribución del pago del 50 % del canon inicial y el 50% del total en concepto de canon anual.

El 12 de junio 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), solicitando el levantamiento de la medida cautelar de suspensión y la desestimación del recurso.

Cuarto.- 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 al respecto puesto que se entrará a analizar directamente el fondo del asunto.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP,

concediéndole cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas en el plazo establecido.

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. - Es preciso hacer un breve análisis de la legitimación de la recurrente para interponer el presente recurso. PAVAPARK está clasificada en segundo lugar y solicita la exclusión de las ofertas de los licitadores que han quedado posicionados en primer y tercer lugar.

Como se ha expuesto de forma reiterada por los distintos tribunales que resuelven los recursos especiales en materia de contratación, para que una persona se encuentre legitimada debe obtener algún beneficio cierto con la posible estimación de sus pretensiones. Así, se encuentra legitimado para impugnar la oferta del primer clasificado pues ante su exclusión, PAVAPARK se convertiría en adjudicatario. Sin embargo, en nada le beneficiaría la exclusión de CONTINENTAL.

Ante esta circunstancia, solo cabe reconocerle legitimación para solicitar la exclusión de ORTIZ, por lo que no se entrará a conocer las alegaciones realizadas sobre la oferta del tercer clasificado.

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de mayo de 2024, practicada la notificación el mismo

día e interpuesto el recurso el 5 de junio 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 el acuerdo de adjudicación en el marco de un 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.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - La recurrente considera que la oferta de ORTIZ, contraviene lo establecido en los pliegos. Para ello cita el apartado 7 del Anexo del PCAP y el Estudio de viabilidad económico-financiero.

El apartado 7 del PCAP señala “Canon a satisfacer a la Administración. El canon total a satisfacer a la Administración será el que resulte de la oferta adjudicataria, y comprenderá los siguientes conceptos:

...a. Un 50% de la cantidad total en concepto de canon inicial, que se devengará con la adjudicación del contrato. Será el que resulte de la adjudicación con un mínimo de 4.663.200 euros.

b. El restante 50% de la cantidad total en concepto de canon anual, devengándose por semestres (50% en junio y 50% en diciembre) a partir del segundo año de concesión. Será el que resulte de la adjudicación con importe mínimo anual de 194.300 euros.

Se considera el canon anual como un canon fijo, y no habrá canon variable. El pago del canon se domiciliará en la cuenta bancaria del Ayuntamiento de Madrid cuyos datos proporcionará al concesionario la Subdirección General de Gestión de Aparcamientos.

Queda excluido del importe del canon a satisfacer a la administración la tasa de paso de vehículos el Impuesto de Bienes Inmuebles, o cualquier otro tributo municipal.

Tales conceptos deberán ser abonados al margen del canon...

Y en el Estudio de Viabilidad Económica se contempla:

...En el marco definido anteriormente se han analizado 3 posibles escenarios temporales de explotación, a 20, 25 y 30 años con objeto de valorar el canon a aportar al Ayuntamiento, en cada uno de ellos, a partir de establecer una rentabilidad mínima, antes de impuestos, del orden del 8,00%.

En los 3 escenarios temporales se plantea el Canon Obtenido Distribuido de la siguiente forma:

- 50% del Canon a pagar al inicio de la concesión. Canon Inicial en el Año 1 (Año 2024).*
- 50% mediante Canon Anual desde el Año 2 (Año 2025)...*

Adicionalmente, este mismo Estudio de viabilidad económico-financiera recoge en su página 17, apartado 4 (“Escenario Seleccionado) que *“De acuerdo con el análisis desarrollado en los anteriores capítulos, el escenario seleccionado es el correspondiente a un plazo de duración de la concesión de 25 AÑOS con un canon inicial del 50% de 4.663.200 € y el restante 50% mediante cánones anuales de 194.300 €/año, alcanzándose una rentabilidad antes de impuestos del 8,00%.”*

De las anteriores previsiones resulta inconcusamente que, a tenor del Anexo del PCAP (que forma parte del mismo) y del documento contractual denominado Estudio de viabilidad económico-financiera del contrato de concesión de servicios, el canon a satisfacer por el contratista estaría integrado por dos conceptos:

i Un canon inicial, representativo del 50% del canon total, que se devengaría con la adjudicación del contrato.

ii El 50% restante del canon total, que se abonaría en concepto de canon anual a partir del año 2 hasta el año 25 (el último de vigencia de la concesión), y que se devengaría por semestres.

Expone la recurrente que estos documentos son idénticos a los que rigieron otras licitaciones anteriores a las que concurrieron igualmente PAVAPARK y ORTIZ en las que se materializó el problema aquí expuesto, en concreto cita, la licitación correspondiente a la adecuación y explotación de los aparcamientos subterráneos de Velázquez-Ayala, Velázquez-Jorge Juan y Velázquez-Juan Bravo de Madrid en el que PAVAPARK realizó una consulta con el fin de aclarar la forma en que debía realizarse la oferta económica del canon: *“Buenos días. El total del canon a ofertar debe guardar relación 50% canon inicial 50% canon aplazado pagadero anualmente? Muchas gracias”*. Ante esta pregunta, la respuesta de la Administración fue concisa, clara, taxativa e inequívoca, respondiendo con un simple *“Sí”*.

A la vista de la claridad de la respuesta, la actual recurrente no consideró necesario realizar la misma pregunta en el presente procedimiento.

A pesar de ello, ORTIZ presenta una oferta que no respeta la distribución establecida en el pago del canon y sin embargo se le adjudica el contrato.

El canon inicial ofrecido por ORTIZ asciende a 8.600.000 euros, y el canon anual es de 537.000 euros. Pues bien, basta realizar la sencilla operación aritmética consistente en multiplicar el canon anual de 537.000 euros por 24 años que le restan de vida de la concesión a partir del año 2 (primero en que se devenga el canon anual) para comprobar que el resultado que arroja, de 12.888.000 euros, excede con creces del importe del canon inicial (8.600.000 euros).

Y, por ello, solo cabe concluir que ni la proposición de ORTIZ ni el Decreto de adjudicación respetan el reparto del 50% del total en concepto de canon inicial y el 50 % del total en concepto de canon anual, establecido en los Pliegos y documentos contractuales; de lo que se deriva su flagrante disconformidad a Derecho.

Por su parte el órgano de contratación pone de manifiesto que la pretensión de la recurrente se basa en una pregunta realiza en un procedimiento anterior en el que si bien se respondió con un simple “sí” a una consulta en relación con los porcentajes de las ofertas; posteriormente la Mesa de contratación aceptó el informe de adjudicación elevado en el que se valoraban dichos criterios de forma independiente y no en su conjunto como pretende la recurrente, pues tal interpretación carece de sentido ya que invalidaría la existencia de dos criterios independientes y convertiría al criterio de canon en uno único.

Así, la Mesa elevó propuesta de adjudicación en la que se analizaban las ofertas recibidas, no inadmitiendo ninguna de las ofertas; ofertas entre las que se encontraba la de la empresa ORTIZ, presentada de forma similar a la del presente contrato del que la recurrente pretende sea excluida.

Pero es que, además, en modo alguno cabe argumentar que la aceptación de la oferta indicada en dicho contrato se debiera a un error de la Mesa por no haber detectado la desproporción, ya que en la documentación que forma parte del expediente y, en concreto, en el informe elevado a la Mesa de Contratación se analiza expresamente esta oferta al estudiar los gastos de explotación presentados en la posición de dicho licitante.

Sin perjuicio de lo anterior, nos encontramos ante un procedimiento distinto en el que PAVAPARK no ha elevado consulta, pero además conocía el criterio final adoptado por la Mesa en la anterior licitación.

Así, analizado el contenido de los Pliegos, la Mesa tal y como ya se ha puesto de manifiesto, aceptó el informe en el que se colige que la referencia al 50% es al importe mínimo en cada uno de los cánones, a diferencia de lo pretendido por la recurrente ya que en los criterios de adjudicación del contrato no sólo se elimina dicha referencia porcentual, sino que además, se valora separadamente la mayor oferta en el canon inicial (siempre que se supere el mínimo) y en el canon anual (superando igualmente el mínimo).

... 1. Criterios de adjudicación valorables en cifras y porcentajes: 80

1.1. Abono de Canon inicial para el Ayuntamiento: ofertar al alza. Siendo el canon inicial mínimo 4.663.200 euros. 35 Puntos

1.2. Abono de canon anual para el Ayuntamiento: ofertar al alza. Siendo el canon mínimo anual 194.300 euros y se valorarán al alza. 30 Puntos...”

Señala que no todas las licitadoras lo han interpretado como la recurrente, pues tanto PAVAPARK como CONTINENTAL lo han interpretado como lo hace el órgano de contratación y en su defensa se remite a la doctrina que indica que las cláusulas ambiguas y oscuras no pueden perjudicar a los licitadores.

A efectos hipotéticos el órgano de contratación realiza unos cálculos, considerando las ofertas presentadas y dividiendo cada una en dos fracciones idénticas del 50%, canon inicial y anual, para concluir que la empresa adjudicataria seguiría obteniendo la mayor puntuación, y además CONTINENTAL lograría una mayor puntuación lo que llevaría a que PAVAPARAK quedase clasificada en tercer lugar.

En cuanto a que no se motivaron las alegaciones presentadas ante la Mesa por PAVAPARK durante el procedimiento de licitación, opone el Ayuntamiento que la solicitud de exclusión es un acto propio del recurso especial por lo que la Mesa acordó inadmitirlas.

Por su parte la adjudicataria alega que la recurrente realiza una interpretación sesgada e interesada de los pliegos y del estudio de viabilidad económica, llegando a la conclusión errónea de que las ofertas económicas de los licitadores al canon inicial y anual debían ser al alza y en el mismo porcentaje de incremento.

Para demostrar el error se remite al modelo de proposición económica del pliego en el que se indica “Abono de canon inicial para el Ayuntamiento: ofertar al alza. Siendo el canon inicial mínimo 4.663.200 euros.” y “Abono de Canon anual para el Ayuntamiento: ofertar al alza. Siendo el canon inicial mínimo 194.300 euros y se valoran al alza”.

De ello puede observarse que tanto el canon inicial como el final se indicaba el importe mínimo fijado por el Ayuntamiento y que las ofertas sobre los cánones serían al alza. Pero en ningún caso se fijaba, como pretende la recurrente, que el alza en ambos cánones fuese en el mismo porcentaje.

Si la intención del órgano de contratación hubiese sido que el incremento de los cánones inicial y anual se realizase en el mismo porcentaje: (i) debería haber constado de forma expresa, tanto en el PCAP como en el modelo de oferta, y (ii) hubiese bastado con indicar en la oferta un porcentaje único de alza sobre el mínimo fijado, sin hacer distinción entre canon inicial y canon anual.

Reitera que la interpretación sistemática del PCAP no deja lugar a dudas de que se distingue un apartado diferente para el incremento de cada canon y además si se analizan los criterios de adjudicación tampoco se limita que el incremento de cada canon deba ser en el mismo porcentaje y añade que se valora con distinta puntuación cada canon.

A juicio de ORTIZ no existe oscuridad o contradicción en el clausulado de los pliegos pero en el supuesto que así se considerase no podría suponer la exclusión de

su oferta sino la admisión de todas las ofertas presentadas en cualquier de las dos interpretaciones.

Por último, señala la inexistencia de indefensión de la recurrente.

Vistas las posiciones de las partes, en primer lugar este Tribunal pone de manifiesto que no se ha producido indefensión a PAVAPARK al no ser contestadas por la Mesa las alegaciones que presentó en su momento. No es preciso analizar si el acto en cuestión es susceptible de recurso especial por no ser el objeto del debate, pero lo que es claro es que la recurrente ha podido defender sus pretensiones, como se pone de manifiesto en el presente recurso especial, por lo que no existe la indefensión alegada.

Por otro lado, las preguntas realizadas por la recurrente en otros procedimientos no tienen carácter vinculante en este procedimiento, por mucho que su clausulado sea igual o similar. Cada procedimiento de licitación es único, pudiendo influir en su desarrollo diversas circunstancias.

Entrando en el fondo del asunto la controversia se centra en determinar si la oferta de los licitadores se debía dividir en dos partes iguales: 50% canon inicial, 50% canon anual.

El estudio de viabilidad económico al que alude la recurrente tiene por finalizar analizar la viabilidad económica del proyecto. Así de acuerdo con lo analizado en dicho estudio se establece el régimen económico de la concesión en el Anexo I. apartado 7, del PCAP.

...El canon total a satisfacer a la Administración será el que resulte de la oferta adjudicataria, y comprenderá los siguientes conceptos:

a. *Un 50% de la cantidad total en concepto de canon inicial, que se devengará con la adjudicación del contrato. Será el que resulte de la adjudicación con un mínimo de 4.663.200 euros.*

b. *El restante 50% de la cantidad total en concepto de canon anual, devengándose por semestres (50% en junio y 50% en diciembre) a partir del segundo año de concesión. Será el que resulte de la adjudicación con importe mínimo anual de 194.300 euros...*

Esto hay que ponerlo en conexión con los criterios de adjudicación por lo que al canon se refiere:

- 1.1. Abono de Canon inicial para el Ayuntamiento: ofertar al alza. Siendo el canon inicial mínimo 4.663.200 euros (35 puntos).
- 1.2. Abono de canon anual para el Ayuntamiento: ofertar al alza. Siendo el canon mínimo anual 194.300 euros y se valorarán al alza (30 puntos).

Estos criterios se valorarán: *Para los criterios a ofertar al alza: Criterio 1.1., 1.2, 1.3.2 y 1.3.3: se otorgará la mayor puntuación del apartado a la proposición que oferte el mayor importe o mayor número de plazas sobre el mínimo fijado en el PCAP y de forma proporcional las restantes proposiciones que superen el mínimo exigido, según la fórmula definida a continuación. Las ofertas que sean iguales o inferiores al mínimo exigido obtendrán cero puntos en ese criterio.*

A ello añadir que el Anexo I. 1. modelo de oferta indica:

- 1.1. Abono de Canon inicial para el Ayuntamiento: ofertar al alza. Siendo el canon inicial mínimo 4.663.200 euros.
Cantidad ofertada. (Valor del Canon).
- 1.2. Abono de canon anual para el Ayuntamiento: ofertar al alza. Siendo el canon mínimo anual 194.300 € y se valorarán al alza

Cantidad ofertada. (Valor del Canon).

Haciendo una interpretación conjunta de los pliegos no se puede llegar a la conclusión de la recurrente, pues si bien la Administración para determinar el régimen económico de la concesión y establecer cuál es el mínimo a ofertar en el canon inicial y en el anual divide la cuantía total en un 50%, no se puede entender que implique, que el licitador al realizar su oferta, tenga que superar el mínimo en iguales porcentajes para cada canon pues no se indica así en el pliego. Asimismo, tampoco existe una referencia a que la oferta al alza tenga que ser en el mismo porcentaje para ambos cánones, al determinar cómo se valoran esos criterios, ni tampoco en el modelo de oferta que consta en los pliegos.

Es significativo que en los criterios de adjudicación se fija un mínimo a ofertar para cada canon, otorgando distinta puntuación para el canon inicial y el anual.

A juicio de este Tribunal no existe oscuridad en los pliegos, pues en ningún apartado de los mismos se indica que la cuantía a ofertar al alza tenga que incrementarse en el mismo porcentaje para los dos cánones.

Se desestima el 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 legal de PAVAPARK MOVILIDAD, S.L. contra el Decreto, de 14 de

mayo de 2024, por el que se adjudica el contrato de concesión de servicios de “adecuación y explotación del aparcamiento subterráneo Luna-Tudescos. Distrito Centro” del Área de Gobierno de Urbanismo, Medio Ambiente y Movilidad de la Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 131/2023/13414,

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.- Dejar sin efecto 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.