RE 112/2020

Acuerdo 2/2021, de 14 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelven los recursos especiales interpuestos por don Ramón Lázaro Martínez frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Prestación de actividades físico-deportivas en el gimnasio municipal», promovido por el Ayuntamiento de Cadrete.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 30 de septiembre de 2020 fue publicado, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), el anuncio de la licitación a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo.

En el anuncio se indicaba que el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 8 de octubre de 2020.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 348 625 euros.

Segundo.- La Mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 9 de octubre de 2020, acordó clasificar las ofertas recibidas en el orden siguiente:

1º EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L.	87,55 Puntos
2º RAMÓN LÁZARO MARTÍNEZ	86,91 Puntos
3º NATURAL FIT ASESORES DEPORTIVOS, S.L.	85,00 Puntos
4º SDC ESMAS, S.L.	79,11 Puntos
5º JALÓN GESTIÓN DEPORTIVA, S.L.	77,88 Puntos

6º OCÉANO OCIO Y GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L. 76,40 Puntos

Asimismo, el citado órgano colegiado acordó proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la mercantil "EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L" de acuerdo a la clasificación recién transcrita.

El acta levantada al efecto se publicó, en la PCSP, el día 14 de octubre de 2020.

Tercero.- El día 15 de octubre de 2020 se recibió, en el Registro General del órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don O.S.A., en nombre y representación de la mercantil "NATURAL FIT ASESORES DEPORTIVOS, S.L." –licitadora del procedimiento–, frente a los acuerdos adoptados por la Mesa de contratación en la sesión del día 9 de octubre de 2020.

A dicho recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 92/202 y fue resuelto por este Tribunal mediante Acuerdo 97/2020, de 19 de noviembre, en sentido inadmisorio, al no ser objeto de recurso la actuación impugnada.

Cuarto.- El día 11 de noviembre de 2020, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del procedimiento interpuesto –en nombre propio– por don Ramón Lázaro Martínez.

El escrito –en síntesis– manifiesta su disconformidad con la adjudicación, argumentando que su oferta ha sido erróneamente valorada respecto al criterio "*experiencia del coordinador*" y considera que le corresponde mayor puntuación que la que le ha sido otorgada.

Solicita, por lo expuesto, la anulación de la adjudicación efectuada, la realización de una nueva valoración y, la adjudicación del contrato a su favor.

A este recurso, le fue asignado el número 112/2020.

Quinto.- Con fecha 13 de noviembre de 2020 se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, que remitió –el día 17 de noviembre siguiente– el expediente de contratación junto con el informe a que alude 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).

Sexto.- El día 18 de noviembre de 2020, se comunicó la interposición del citado recurso a los restantes interesados del procedimiento, otorgándoles trámite de audiencia por plazo de cinco días hábiles a fin de que presentaran las alegaciones que –en su caso– estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP.

Durante dicho plazo, ha presentado alegaciones al recurso la mercantil "EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L.", oponiéndose al mismo.

Séptimo.- Con fecha 17 de noviembre de 2020, el órgano de contratación dio traslado a este Tribunal, de un nuevo recurso, el cual había sido presentado el día 28 de octubre de 2020, en el Registro General del órgano de contratación, interpuesto por don O.S.A., en nombre y representación de la mercantil "NATURAL FIT ASESORES DEPORTIVOS, S.L.", frente al mencionado acuerdo de adjudicación correspondiéndole el número 113/2020.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación del recurrente para interponer el recurso especial en su propio nombre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de un empresario individual que ha participado en la licitación de referencia, pues así viene señalado en dicho precepto: «(p)*odrá interponer recurso especial en materia de contratación*

cualquier persona física o jurídica cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso».

En cuanto al sometimiento del contrato al recurso especial, el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, al amparo del artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público (en adelante, LMMCSPA), en relación con el artículo 44.2.c) de la LCSP.

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- Una vez verificados los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a valorar el motivo sobre el fondo en que se funda, en cuya virtud el actor combate la puntuación otorgada por la Mesa de contratación a su oferta respecto del criterio relativo a la "*Experiencia del coordinador adscrito al servicio en escuelas deportivas y/o gimnasios*".

En concreto, en el recurso interpuesto se aduce lo siguiente:
«*En justificación de esa previsión del pliego, el suscribiente aportó la experiencia de su trabajador Don XXXX mediante la aportación del contrato de fecha 13/2/18 y que ahora se vuelve a aportar como Doc. nº 2.*

En tal contrato es de reseñar lo siguiente:

1. *En la cláusula 1ª se reseña que el trabajo es como "COORDINADOR".*
2. *Si bien aparece que la fecha del contrato es la anteriormente indicada debe reseñarse que el título es "CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO" y que al final de la segunda cara el contrato se dice*

"COMUNICAN a los Servicios Públicos de Empleo de CONTRAT@, que con/echa de 13/2/2018, han acordado la CONVERSION en:

(X) Contrato INDEFINIDO

(.) Contrato INDEFINIDO con jornada fijo-discontinua.

De un contrato TEMPORAL A TIEMPO COMPLETO celebrado por las partes de arribas mencionadas el día 9/6/2017, y que registrando y comunicado al Servicio Público de Empleo de CONTRAT@ en fecha 19/6/2017, y con numero E-31-2017-0156725.

De todo ello se deduce que dicho trabajador no ha trabajado como coordinador desde la fecha del contrato indefinido, es decir desde 13/2/18, sino desde el inicio del contrato temporal, ***es decir desde 9/6/2017,*** *del que trae causa el indefinido, y ello de modo continuado.*

Lo mismo se deduce de la vida laboral del citado trabajador que se acompaña como Doc. nº 3 así como de la nómina del último mes (en este caso Septiembre, que se acompaña como Doc. nº 4, en donde consta la antigüedad del trabajador desde 9/6/2017 y también las funciones que realiza en la empresa tal y como marca el pliego que se aporta como Doc. Nº 5. Estos documentos ya fueron aportados en su día por el recurrente en la licitación en plazo y forma para que fuesen valorados y puntuados por el Órgano de Contratación.

Por tanto los meses completos de trabajo y experiencia del coordinador Sr. XX son: de Julio a Diciembre de 2017: 6 meses; todo el 2018: 12 meses; todo el 2019: 12 meses y de Enero a Septiembre (mes de la licitación) de 2020: 9 meses. Todo lo cual hace 39 meses que multiplicados por 0,25 puntos arroja un total de 9,75 puntos.

Y de ahí que la puntuación correcta del subcriterio "puntos coordinador" no es de 7,75, como aparece en la resolución recurrida, sino de 9,75 puntos, es decir es 2 puntos superior a la asignada».

Por ello, considera el actor que la Mesa de contratación erró en la valoración de su oferta y solicita que se añadan 2 puntos a la valoración de su oferta, lo que supondría obtener la mayor puntuación en la clasificación de las ofertas.

Por su parte, el órgano de contratación discrepa de la recurrente aduciendo lo siguiente:

«*El licitador D. Ramón Lázaro Martínez, en lo relativo a la justificación del citado criterio aportó por un lado, su vida laboral, indicando que tiene experiencia de "coordinador" de 72 meses, desde octubre del año 2014, lo que no queda acreditado, ni en su vida laboral, ni en contratos laborales, por lo que en este punto no se le valoró dicha experiencia.*

Por otro lado aportó, vida laboral, contrato laboral y nómina del mes de septiembre de 2020 del trabajador D.XX, indicando en su proposición una experiencia como "coordinador" de 40 meses, desde junio de 2017 hasta la actualidad.

La Mesa de Contratación, vista la documentación presentada y justificada, valoró el contrato laboral que presenta D. Ramón Lázaro Martínez, relativo al trabajador D.XX, que indica que ejerce funciones de "coordinador" y que tiene fecha de efectos de 13 de febrero de 2018, por lo que contando los meses completos, hace un total de 31 meses completos, que, aplicando los criterios del apartado B.1 de la Cláusula Octava del PCAP, arroja una puntuación en dicho apartado de 7,75 puntos, que es lo que refleja el acta de la Mesa de Contratación de fecha 9 de octubre de 2020.

El contrato que presenta D. Ramón Lázaro Martínez, del trabajador "D. XX", indica que se convierte en indefinido un contrato de trabajo celebrado por las partes arriba mencionadas el día 9 de junio de 2017 y comunicado al Servicio Público de Empleo de CONTRAT@ en fecha 19 de junio de 2017, con el número (…).

Dicho contrato no se aporta, y por tanto la Mesa de Contratación, no puede conocer si dicho trabajador en el contrato previo desempeñaba las funciones de "coordinador" y, siguiendo el tenor literal del apartado B.1 de

la Cláusula octava del PCAP, "para valorar este criterio se deberá aportar los contratos laborales así como la vida laboral de coordinador y las funciones que desarrolla en la empresa", por lo que de acuerdo al principio de igualdad de trato a los licitadores, se valora la justificación efectivamente presentada y acorde a lo dispuesto en el PCAP, que los licitadores aceptan incondicionadamente, sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, la Mesa de Contratación, no puede valorar una documentación no aportada, y que por ser determinante en la puntuación obtenida, no es objeto de subsanación».

Por último, y en apoyo de su tesis invoca el Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre, de este Tribunal administrativo con la doctrina en él citada.

A su vez y respecto de este recurso, se recibieron alegaciones por parte de "EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L" oponiéndose al mismo.

Expuestos los términos del debate, procede acudir a la cláusula 11ª del PCAP que rige el contrato, en concreto al criterio cuya valoración es objeto de controversia. Se trata de un criterio cuantificable de forma automática y en aquélla se indica lo siguiente:

«*B1. Experiencia del coordinador adscrito al servicio en escuelas deportivas y/o gimnasios (máximo 15 puntos).*

Se valorará a los licitadores hasta un máximo de 15 puntos la experiencia en estas materias del coordinador del centro que la empresa se proponga adscribir al contrato, a razón de 0,25 puntos por mes completo de experiencia, no siendo objeto de valoración las fracciones inferiores al mes.
Para valorar este criterio se deberá aportar los contratos laborales así como la vida laboral de coordinador y las funciones que desarrolla en la empresa».

El Anexo II del PCAP titulado «Modelo de oferta» se expresa en los siguientes términos:

«*ANEXO II*

OFERTA ECONÓMICA

"D._____,
con domicilio a efectos de notificaciones en_____,
c/ _____, n.º___, con DNI n.º_____, en representación de la Entidad_____,
con CIF n.º_____, que enterado de las condiciones y requisitos que se exigen para la adjudicación del contrato del servicio de "prestación de actividades fisico- deportivas en el gimnasio municipal de Cadrete , hago constar que conozco los Pliegos que sirven de base al contrato y los acepto íntegramente, comprometiéndome a llevar a cabo el objeto del contrato conforme a los siguientes términos:

1º.- Me comprometo a ejecutar el contrato con arreglo a la siguiente proposición económica:

IMPORTE (IVA excluido):
IVA:
TOTAL:

2º.-Otros criterios de adjudicación cuantificables de forma automática.

2.1. Experiencia del coordinador adscrito al servicio en escuelas deportivas infantiles y juveniles en meses: ___ (en letra y número)

2.2. Ampliación actividades dirigidas:

Indicar oferta de horas en letra y número

- *Viernes: _____*
- *Sábado: _____*

2.3. Master class de actividad a impartir a elección del Ayuntamiento de Cadrete en el período de duración del contrato (un curso) y en cada una de sus prórrogas, para el caso de que las hubiere: ___ (en letra y número)

2.4. Ampliación horario apertura y cierre gimnasio: marca únicamente una casilla por apartado

Ampliación apertura lunes a viernes horario mañana (anterioridad a 09:30horas)

☐ *30 minutos* *Ampliación cierre lunes a viernes horario mañana (posterior a 13:30 horas)* ☐ *30 minutos* *Ampliación cierre lunes a viernes horario tarde (posterior a 21:00 horas)* ☐ *30 minutos* ☐ *60 minutos* *Ampliación cierre sábados con evento* ☐ *30 minutos* ☐ *60 minutos*

(…)».

Expuestos los términos del debate, este Tribunal administrativo debe poner de manifiesto que la función revisora que corresponde a los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, en tanto que dichos órganos tienen expresamente una función revisora de los actos recurridos, a fin de determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, sin que pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación y así lo viene manifestando, por todos, en el Acuerdo 107/2020, de 21 de diciembre.

Pues bien, del examen del expediente administrativo resulta que el recurrente cumplimentó el modelo de oferta incorporado así mismo en el Sobre “B” la siguiente documentación: vida laboral, contrato laboral y nómina del mes de septiembre de 2020 del trabajador D. XX.

En el contrato laboral aportado, figura que la duración del contrato pasa a ser indefinida con fecha 13 de febrero de 2018. También en el mencionado documento se señala la antigüedad del trabajador a día 9 de junio de 2017, si bien no queda especificada la categoría profesional que le correspondía en esa última fecha; de ahí que incluso el propio recurrente en su escrito de recurso emplee en su argumentario –y por dos veces– el verbo «deducir» para

pretender que se llegue a la conclusión de que la categoría profesional del trabajador era desde el día 9 de junio de 2017 de coordinador deportivo. Y ello porque la acreditación como coordinador deportivo únicamente se constata en la oferta a fecha 13 de febrero de 2018, pero no desde 9 de junio de 2017; es decir, el actor persigue obtener una puntuación sin la oportuna base documental para todo el lapso temporal relativo a la experiencia consignada en su oferta.

A la vista de lo expuesto, este Tribunal administrativo considera que la actuación realizada por la Mesa de contratación es conforme a Derecho puesto que de conformidad con lo establecido en el PCAP: «*Para valorar este criterio se deberá aportar los contratos laborales así como la vida laboral de coordinador y las funciones que desarrolla en la empresa*», y al no quedar constatadas en la documentación presentada en la oferta, las funciones del trabajador en el período comprendido entre el día 9 de junio de 2017 hasta el 13 de febrero de 2018, dicho período –conforme a la regulación contenida en dicho pliego– no se tuvo en cuenta en la valoración de la oferta, por lo que asiste razón al órgano de contratación en tanto que tal y como se ha señalado, la presunción de acierto de que goza el criterio del órgano de contratación con base en la denominada discrecionalidad técnica no ha quedado desvirtuada.

Cabe, a tenor de las pretensiones ejercidas mediante el escrito de recurso, advertir que en virtud del principio de congruencia –consagrado en el artículo 57.2 de la LCSP– este Tribunal ha de ceñirse a aquéllas (valga, por todos, citar el reciente Acuerdo 101/2020, de 26 de noviembre), y ello le impide conocer cualquier otra cuestión que no se haya planteado en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación a raíz de su interposición; de ahí que al no haber instado en el recurso interpuesto, la necesidad de llevar a cabo el trámite de aclaración de las ofertas recogido en el artículo 9 de la LMMCSPA, este Tribunal deba ceñirse por mor del meritado principio de congruencia a la pretensión del actor y ello sin perjuicio de señalar que la conclusión aquí acordada hubiese sido distinta de haber pretendido, siquiera

subsidiariamente, el recurrente la subsanabilidad de la falta de acreditación de la experiencia ofertada.

Así las cosas, este Tribunal administrativo debe rechazar este motivo y, con él, el recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por don Ramón Lázaro Martínez frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Prestación de actividades físico-deportivas en el gimnasio municipal», promovido por el Ayuntamiento de Cadrete.

SEGUNDO.- Mantener la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación hasta tanto se resuelva por este Tribunal el recurso 113/2020 que impugna la misma actuación.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia mala fe ni temeridad en la interposición del recurso.

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la

interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.