



Recursos nº 253/2013 C.A Illes Balears 020/2013

Resolución nº222/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 12 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.R., en representación de la empresa MARSAVE MALLORCA, S.L. (en adelante, MARSAVE o la recurrente), contra la adjudicación por el Ayuntamiento de Es Mercadal (Illes Balears) del contrato de gestión del servicio de vigilancia y socorrismo en diversas playas del término municipal, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Es Mercadal (en adelante, el Ayuntamiento) convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de Illes Balears de 21 de marzo de 2013, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato de gestión del servicio de vigilancia y socorrismo en diversas playas del término municipal, con una duración inicial de dos años y uno de posible prórroga. Su valor estimado es de 366.000 euros. Presentó oferta, entre otras, la ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en las disposiciones que lo desarrollan.

Tercero. Cumplidos los trámites pertinentes, la alcaldía acordó el 8 de mayo la adjudicación del contrato en favor de MEDITERRÁNEA SERVICES, C.B. (en adelante MS o la adjudicataria) por ser la oferta económicamente más ventajosa, al haber alcanzado una puntuación total de 82,27 puntos, de los que 15 correspondieron a los criterios ponderables mediante juicio de valor, 55 a la oferta económica y revisión de precios y 12,27 a las mejoras valorables mediante fórmula. En segundo lugar, quedó la

empresa recurrente, a la que se le otorgaban 81,41 puntos, de los que 28 fueron por los criterios discrecionales, 38,41 por la oferta económica y 15 por las mejoras. El acuerdo de adjudicación se notificó a los licitadores el 9 de mayo de 2013.

Cuarto. Contra el acuerdo de adjudicación, previa comunicación al Ayuntamiento, MARSAVE ha interpuesto recurso especial en materia de contratación, presentado en el registro de este Tribunal el 27 de mayo de 2013. Solicita que se anule la citada Resolución de adjudicación y que se realice una nueva valoración de las mejoras de acuerdo con las alegaciones que presenta.

Quinto. El 30 de mayo se recibió en este Tribunal copia del expediente junto al informe del órgano de contratación en que concluye que no procede la admisión del recurso por tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos no susceptible de recurso especial en materia de contratación. El 3 de junio, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen pertinentes.

Sexto. El Tribunal, mediante acuerdo de 29 de mayo, acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores el 3 de junio del presente año, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de uno de

los licitadores. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo, establecidas en el artículo 44 de dicho texto legal.

Tercero. Antes de pasar al examen del fondo de la cuestión planteada, hemos de examinar si el acto recurrido se refiere a un tipo de contrato susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. En efecto, en el anuncio de licitación se califica el contrato en el tipo de “servicio”, mientras en el Pliego de cláusulas administrativas (PCAP) se configura (cláusula 4) como de “*gestión de servicios, previstos en el art. 8 del TRLCSP*”. En tal caso, al ser el plazo de duración del contrato inferior a cinco años, no cabría el recurso especial (apartado 1.c del indicado artículo 40). Así lo considera también el Ayuntamiento.

Sin embargo, la previa calificación de este contrato como de gestión de servicio público, no excluye la posibilidad de que, como hemos manifestado en diversas resoluciones, el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público. Como señalábamos en la resolución número 154/2011 de 1 de junio, *“la razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo”*. Aceptar la calificación que hace el PCAP “y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada”.

Como también señalábamos en la citada resolución, del examen de las definiciones en el TRLCSP del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional y del contrato de servicios, se deduce una diferencia esencial: *“en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa que, mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del*

mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”.

Puesto que es la asunción de riesgo por parte del concesionario lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios, debemos examinar la configuración de la contraprestación en el PCAP a este respecto.

El precio se cifra en la Resolución de adjudicación en un importe anual de 115.588,92 euros (IVA incluido) y se abonará por mensualidades en los plazos y proporciones que se indican en la cláusula 10 del PCAP. Resulta, pues, evidente que el riesgo asumido por el contratista es igual que en un contrato de servicios y, en consecuencia, el contrato no puede ser calificado como de concesión de servicios.

Dado que se trata de un contrato que tiene por objeto uno de los servicios contemplados en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, no existe duda alguna acerca de su calificación como contrato de servicios y, por tanto, incluido dentro de los susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 40.1.b) al ser su valor estimado superior a 200.000 euros.

Por todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo 40 mencionado, debe entenderse que puede recurrirse en esta vía el acto de adjudicación.

Cuarto. La recurrente impugna la valoración que hizo la mesa de las mejoras voluntarias que presentó. Considera que:

- Para determinar el valor anual de las mejoras en “*medios materiales*”, se debió tomar el plazo de dos años de duración del contrato y no el de tres años, que incluye la posible prórroga. Así “*se consiguió reducir, de forma artificiosa, el valor de las mejoras ofrecidas, por cuanto éste ya no se dividía por dos, sino por tres*”. Entiende, también, que no es lógico “*aplicar el criterio de dividir por 10 años el material que no queda en propiedad municipal. Ya que la valoración económica del material propuesto, que no es de nueva adquisición y que no queda en propiedad municipal, ya está valorado conforme a unas amortizaciones normales por su antigüedad*”.

- Ofreció mejorar los tres módulos de primeros auxilios con la aportación de diverso material que detalla y mejoras en material básico (hasta 16 elementos) que *“sin ningún tipo de justificación ni argumentación, la mesa de contratación consideró que no merecían ningún tipo de valoración”*. Alega, además, que, en cambio, mejoras similares a las ofertadas por ella sí fueron valoradas en la oferta de otros licitadores, entre ellos la adjudicataria.
- Algunas de las mejoras ofertadas, se valoran de manera arbitraria o no se valoran (ordenadores portátiles; piraguas, neoprenos y licras).
- No se valoran dos importantes mejoras ofertadas: un módulo de primeros auxilios y el balizamiento de una de las playas.

Quinto. El órgano de contratación argumenta en su informe que se han aplicado los mismos criterios de valoración a todos los licitadores:

- Para determinar el valor anual de las mejoras en material que queda de propiedad municipal, *“la Mesa de contratación optó, para todas las ofertas y con carácter previo a su examen, a dividir el valor entre tres, por ser tres el número de años del contrato, incluida la prórroga. Para ello tomó como analogía el sistema de cálculo del valor estimado del contrato...”*. Respecto al material que queda en propiedad de la empresa, se adoptó también como criterio general computar un plazo de amortización de diez años, ya que *“todas las empresas, y el recurrente no es ninguna excepción, han proporcionado el valor de adquisición de estos elementos”*, y no su valoración actual.
- En cuanto a los puestos de primeros auxilios, *“en la oferta de la recurrente, no hay una valoración de cada uno de los 16 elementos ofrecidos, sino únicamente un valor a tanto alzado para cada uno de los puestos de socorro. Al tratarse de un valor a tanto alzado, no es posible la comparación con las ofertas de otros licitadores (los cuales, en ocasiones, ofrecen algunos de estos elementos) y por ello, tal y como indica el pliego esta mejora fue excluida”*.
- La valoración del material se ha homogeneizado *“para evitar que elementos similares sean valorados de forma diferente”*. Por ejemplo, en el caso de las

piraguas, ofrecidas por tres de los licitadores, se optó por valorarlas con el importe medio de los propuestos, *“superior al que ofreció la empresa, lo que evidencia que se trata de un criterio objetivo, no arbitrario ni discriminatorio y que podía ir a favor de cualquiera de las empresas”*. No se han tenido en cuenta elementos ya exigidos en los pliegos o los que no representen una mejora para el servicio ni aquéllos cuyo valor es un simple importe a tanto alzado.

- El módulo de primeros auxilios, no se tuvo en cuenta porque no existía ninguna descripción de esta mejora, y *“se consideró que se trataba de una partida a tanto alzado y, por ello, se excluyó, dado que el pliego vetaba las mejoras que no estuvieran valoradas individualmente”*. En cuanto al balizamiento, se optó por excluir este elemento puesto que el Ayuntamiento ya disponía de él.

Concluye el informe del Ayuntamiento que la valoración *“sigue con una lógica matemática los criterios establecidos en los pliegos y concretados en el informe de valoración de las mejoras. No existe ninguna arbitrariedad ni ningún afán discriminatorio. Esto se puede apreciar en la valoración del personal, el cual la empresa recurrente valoró por 4.611,60 €,... mientras que en la valoración de las ofertas se le aumentó hasta 6.059,74 €,... En este caso, como en otros (recuérdese la valoración de las piraguas) se optó por calcular el precio hora medio de todas las ofertas”*.

Sexto. Las mejoras se valoran mediante fórmula (sobre B2), según lo establecido en la cláusula 15.4 del PCAP:

“4. Mejoras voluntarias: hasta 15 puntos.

1. *Se valorarán las mejoras materiales objetivas aportadas por el empresario ofertante, que pueden convenir a la prestación del servicio, y que tendrán que ser tangibles y suponer una aportación efectiva no prevista en los pliegos... Sin perjuicio de lo establecido en los pliegos, se valorarán las propuestas de mejoras del servicio que pudieran determinar una realización mejor del trabajo, según criterio técnico debidamente justificado.*

Las mejoras se propondrán valoradas todas económicamente, indicando el número de unidades de obra, el precio unitario y cualquier otro elemento de coste

considerado. Serán excluidas las mejoras valoradas a tanto alzado y cualquier otra que no incluya el desglose de precios indicado.

No serán objeto de valoración aquellos casos propuestos por el licitador que no estén suficientemente fundamentados, correspondan a elementos ya recogidos en estos pliegos o no sean relevantes para el ayuntamiento. La mesa queda facultada para alterar las valoraciones a efectos de puntuación cuando considere que, o bien los precios no se ajustan a los precios de mercado, o bien las unidades de obra no son las adecuadas para la prestación del servicio. En el caso de que dos o más ofertantes presenten mejoras similares, se tomará como precio unitario el más bajo y se podrán reajustar las unidades de obra.

*2. A efectos de la puntuación, se establecerá una equivalencia entre el valor de cada punto de las mejoras y el precio ofertado para el contrato, según la fórmula ...
Puntuación= 15 X (mejoras)/ (mejoras máximo).*

3. Se valorarán especialmente los siguientes apartados:

a) Mejora en medios humanos: mejora en el número de personal destinado al servicio o de los horarios, en relación a los previstos al Pliego.

b) Mejora en medios materiales: mejora en el número, calidad y tipo de equipos, bienes muebles y menaje asignado al establecimiento, entre los cuales:

Instalaciones y equipos:

- Torres de vigilancia*
- Caseta de socorrismo*
- Motos acuáticas*

Salvamento

- 1 embarcación semirrígida*
- 1 kayak*

Señalización

- *Cinta para el balizamiento provisional terrestre.*

Otros

- *Formularios de la grabación de información*
- *1 termómetro acuático”.*

Como se aprecia en la cláusula transcrita, la definición de las mejoras a considerar y su valoración están detalladas en el PCAP. Puesto que la puntuación de las mejoras se hace mediante una fórmula que las relaciona con la oferta económica, para hacer comparable la valoración de las mismas, explícitamente se indica que:

- Se excluyen las mejoras valoradas a tanto alzado.
- El importe de las mejoras se puede ajustar para adaptarlas a los precios de mercado, o a las unidades de obra adecuadas a la prestación, o en el caso de que haya ofertas con mejoras similares.

En el informe técnico se precisan estos criterios: i) aplicación del mismo módulo de valoración para el coste de personal; ii) cálculo del valor anual de las mejoras en material, (periodo de 3 años para las que quedan en poder del Ayuntamiento y de 10 años para las demás); iii) aplicación de valores homogéneos (los más detallados) para evitar que elementos similares sean valorados de forma diferente; iv) para las páginas web, dado que son propiedad de la empresa, se computa el valor de uso; v) no se tienen en cuenta los elementos ya exigidos en los pliegos, ni los que no representan una mejora para el servicio (certificados ambientales o de calidad, balizamiento, neoprenos y licras, etc.), o aquéllos cuyo valor es un simple valor a tanto alzado.

Tales criterios aplicados suponen una mera concreción de lo previsto en el PCAP y no se aprecia en los mismos error o arbitrariedad alguna:

- El valor anual de las mejoras se ha determinado con criterios adecuados y comunes para todas las ofertas.
- No se han tenido en cuenta, tal como establece el PCAP, las mejoras cuya valoración está hecha a tanto alzado.

- Los cambios en la valoración propuesta en la oferta de la recurrente, se han efectuado también con iguales criterios para todos; en algún caso -ampliación de personal; piraguas- este criterio común ha supuesto una mayor valoración de su oferta. Las mejoras no consideradas lo han sido también en aplicación de criterios generales, bien por tratarse de elementos ya exigidos en los pliegos o por no incidir en la mejora del servicio, o bien, como es el caso del balizamiento de la zona de baño en una playa, por estar ya contratado por el Ayuntamiento para todas las del municipio.

A la vista de lo indicado, hemos de concluir que la valoración de las mejoras se ha efectuado con criterios lógicos y no arbitrarios y de acuerdo con lo previsto en el PCAP, por lo que no procede estimar el recurso interpuesto.

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.R., en representación de la empresa MARSAVE MALLORCA, S.L., contra la adjudicación por el Ayuntamiento de Es Mercadal (Illes Balears) del contrato de gestión del servicio de vigilancia y socorrismo en diversas playas del término municipal.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Justicia de Illes Balears, 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.