



Recurso nº 297/2019

Resolución nº 440/2019

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

En Madrid, a 25 de abril de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. A. L. R. en representación de MUSEUMMATE, S.L.U., frente acuerdo de adjudicación de 25 de febrero de 2019 del contrato de “*Servicio de audioguías y otros dispositivos que sirvan como complemento y apoyo a la visita en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. Expediente: SG01/2018*”, convocado por el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Gerencia del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 8 de noviembre de 2018 y la Plataforma de Contratación del Sector Público del mismo día, la licitación del contrato de servicio de audioguías y otros dispositivos que sirvan como complemento y apoyo a la visita en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.

El valor estimado del contrato asciende a 1.024.793 euros, y el plazo de ejecución es de dos años, siendo el contrato susceptible de prórroga. El presupuesto base de licitación, como límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, es de cero euros.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el 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 lo sucesivo, LCSP), y demás legislación aplicable en materia de contratación.



Por Acuerdo del Director del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía de 25 de febrero de 2019, se adjudicó el contrato a la mercantil FLEXIGUÍA, S.L., por ser su propuesta la más ventajosa para los intereses de la Administración.

Tercero. Frente a este acuerdo de adjudicación, MUSEUMMATE, S.L.U., interpone el presente recurso especial en materia de contratación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 20 de marzo de 2019

Al amparo del artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, habiendo presentado las mismas la mercantil propuesta como adjudicataria, por escrito de fecha 25 de marzo de 2019.

Cuarto. La Secretaria de este Tribunal, en el ejercicio de competencias delegadas, dictó resolución por la que se acordaba mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3. 1 e) y 45 de la LCSP.

Segundo. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado por haber sido licitadora en este contrato.

Tercero. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. Se impugna el acuerdo de adjudicación del procedimiento de licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior cien mil euros de euros, siendo por ellos



susceptible de recurso especial en materia de contratación, por virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP, apartados 1 a) y 2 c).

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, el recurrente formula en su escrito dos alegaciones.

En la primera alega error en la valoración de la oferta económica de la mercantil FLEXIGUÍA, por entender que el importe del canon fijo ofertado por ella no es 121.000 euros, sino 100.000 euros, que es la cantidad sin IVA que debió haber sido tomada en consideración por el órgano de contratación, a efectos de su valoración. De este modo, señala, le habrían correspondido 45 puntos, y no los 65 puntos que obtuvo en esta fase.

Resulta imprescindible para el análisis de esta alegación conocer el tenor de los pliegos, de donde resultará, con claridad meridiana, que no resulta posible que prospere la alegación, tal y como también señala el órgano de contratación en su informe.

En el Cuadro-Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP, en lo sucesivo) que se encuentra en su Anexo I, en el apartado 2.3, se dispone lo siguiente:

“2.3.- Contraprestación económica

Canon Fijo: El adjudicatario del contrato se compromete a satisfacer una renta mínima anual de 80.000 € (ochenta mil euros) IVA incluido.

Este importe podrá ser revisado en función de la evolución del servicio, a partir del inicio del segundo año de explotación.

Canon variable: La contraprestación económica que percibirá el Museo por parte de la empresa adjudicataria será como mínimo de un 15% sobre la facturación total bruta obtenida por la prestación del servicio”.

En el apartado 10 del Cuadro-Resumen del PCAP, como “Criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas y documentación para su valoración, se recoge lo siguiente:

“10.1 Oferta Económica (Hasta 75 puntos)

Canon Fijo: Hasta 65 puntos, según la siguiente escala:

- De 80.000 euros a 100.000 euros: 45 puntos*
- De 101.000 euros a 120.000 euros: 55 puntos*



- De 121.000 euros en adelante: 65 puntos”

Canon variable: % sobre facturación bruta: hasta 5 puntos, siendo el reparto:

- Mínimo 15%: 0 puntos
- Hasta 30%: 5 puntos

Número de aparatos puestos a disposición del Museo de forma gratuita, adicionales a los exigidos en los pliegos: Hasta 5 puntos”.

En el Anexo VI- PROPOSICIÓN ECONÓMICA, aparece un cuadro, cuyo título es OFERTA ECONÓMICA. En el aparecen tres recuadros, uno relativo a la oferta económica, que se expresará en letra y en número, el segundo para el Impuesto sobre el Valor Añadido, que se expresará también en letra y en número, y el tercero que es el de la OFERTA TOTAL, que es la suma de los dos conceptos anteriores.

Del conjunto de lo expuesto, resulta por tanto que la oferta económica total, comprenderá el IVA, siendo éste el importe a ser tenido en cuenta para llevar a cabo la valoración del canon fijo al que se refiere el apartado 10 del Cuadro Resumen, en el que la cuantía mínima, 80.000 euros, se corresponde con la mencionada como tal en el apartado 2.3 en el que cómo hemos expuesto se dice que “El adjudicatario del contrato se compromete a satisfacer una renta mínima anual de 80.000 € (ochenta mil euros) IVA incluido”.

Analizada por este Tribunal la oferta de FLEXIGUÍA, se observa que en cuadro que ofrece, constan como cantidades: oferta 100.000 euros; IVA 21% 21.000 euros; y oferta total: 121.000 euros”.

Es esta cuantía, 121.000 euros, que lleva incluido el IVA, de conformidad con las exigencias del pliego, es la que ha sido tomada en consideración para calcular la puntuación del primer criterio, de donde resulta que en el mismo se le han otorgado la puntuación máxima total, 65 puntos.

Llama poderosamente la atención que por parte del recurrente se formule esta alegación, como también expone FLEXIGUÍA en el escrito presentado en fase de alegaciones, cuando él en su proposición económica, al referirse al canon fijo, expone que es 121.000 euros, sin



especificar si lleva o no el IVA incluido, y sin ofrecer por tanto la cantidad desdoblada como aparece en el Anexo 5 antes mencionado.

Por lo expuesto, procede la desestimación de esta alegación formulada por MUSEUMMATE.

Sexto. En segundo lugar, se alega en el recurso que el acto impugnado es contrario a derecho porque se ha obviado la existencia de criterios objetivos para apreciar que la proposición de FLEXIGUÍA contiene valores anormales o desproporcionados, en relación con el tercer subcriterio de carácter objetivo antes mencionado, el que se refiere al número de aparatos o audioguías puestos a disposición del Museo de forma gratuita.

Sobre este aspecto, FLEXIGUÍA ofreció 300.000 aparatos, cantidad a la que aplicada la fórmula que se ofrecía en el pliego (apartado 10 del Cuadro-Resumen), le correspondieron cinco puntos.

MUSEUMMATE considera que es una cantidad desproporcionada, advirtiendo que la media aritmética de las restantes ofertas presentadas es 13.520 aparatos, siendo el segundo licitador que más aparatos ha ofertado SYCOMORE, que ha ofrecido 30.000 unidades.

Al respecto, el órgano de contratación invoca la no procedencia del artículo 85 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuyo tenor literal, que ahora a continuación se transcribe, impide la aplicación a este procedimiento de licitación, por ser su presupuesto de licitación cero euros:

“Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de



10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.

6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”.

En relación con esta alegación, consta efectivamente en el Cuadro- Resumen, en el apartado 12, rubricado “*Criterios objetivos para apreciar que la proposición incluye valores anormales o desproporcionados*”, lo siguiente: “*Se atenderá de conformidad con lo establecido en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones*”.

Por su parte, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en la cláusula 12 sólo se señala que “*Si a la vista de los parámetros que se fijan en el punto 12 del Cuadro-Resumen la Mesa de Contratación estima que alguna oferta podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP y, en función de sus resultados, seleccionará la proposición que resulte económicamente más ventajosa de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas. Para llevar a cabo dicha clasificación y poder, correlativamente, otorgar puntos a los licitadores, sólo se tendrán en consideración las proposiciones que, tras el examen de la justificación presentada, no hayan sido calificadas como anormales o desproporcionadas ya que todas estas últimas serán excluidas de la referida clasificación*”.

El citado artículo 149 de la LCSP, en sus apartados primero y segundo, dispone:



“1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”.

De conformidad con lo previsto en los pliegos, y atendiendo al tenor literal de los dos preceptos en ellos citados en relación con el carácter anormal de las ofertas, consideramos que por virtud de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 149.2 de la LCSP, al haberse establecido una pluralidad de criterios de adjudicación, habrá de estarse en cuanto al carácter anormal de las ofertas a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los que debería haberse establecido o determinados los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en los que la oferta se considera anormal, considerada ésta en su conjunto. No constando estos parámetros objetivos, no procede el examen o consideración como anormal de las ofertas, con independencia de cuales sean los valores ofertados por los licitadores para estos criterios.

De este modo, procede también la desestimación de esta alegación.

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. A. A. L. R. en representación de MUSEUMMATE, S.L.U., frente acuerdo de adjudicación de 25 de febrero de 2019 del contrato de *“Servicio de audioguías y otros dispositivos que sirvan como complemento y apoyo a la visita en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. Expediente: SG01/2018”* convocado por el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, por ser ajustada a derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.