



Recurso nº 823/2021 C.A. de Cantabria 28/2021

Resolución nº 913/2021

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

En Madrid, a 22 de julio de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. M. A. C. R. en representación de SIMA DEPORTE Y OCIO, S.L. contra la adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Colindres para contratar el servicio de “*Actividades deportivas del Ayuntamiento de Colindres*”, expte. CON/3/2020, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 14 de agosto de 2020 fue objeto de publicación en la Plataforma de contratación del sector público el anuncio de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Colindres relativa al contrato de servicios de actividades deportivas, cuyo valor estimado es de 2.532.564,3 euros.

Del PCAP rector interesa destacar, a efectos de la resolución del recurso, los siguientes extremos (el destacado es nuestro):

1. La cláusula 3.1 establece:

“El tipo de licitación a la baja es:

- *Actividades deportivas y musculación: 21 euros/hora (IVA excluido)*
- *Actividad gimnasia rítmica:*



o Entrenamiento competición: 55 euros/hora (IVA excluido)

o Monitora base: 23 euros/hora (IVA excluido)

- *Socorrismo: 20 euros/hora (IVA excluido)*
- *Coordinación: 24.793,38 euros/anuales (IVA excluido)*

Las proposiciones que se presenten superando el presupuesto base de licitación anterior serán automáticamente desechadas. La baja que se obtenga como resultado de la licitación, dará lugar, en su caso, a una baja proporcional de los importes de cada una de las anualidades previstas.

Dentro del coste hora de gimnasia rítmica (tanto competición como base) está incluido el coste hora por acudir a las competiciones.

El número de horas máximo-anuales para la realización de dichas actividades y en virtud de las cuales se calcula el presupuesto máximo de licitación es de:

- *Actividades deportivas y musculación: 11.100 horas/anuales*
- *Actividad gimnasia rítmica:*

o Entrenamiento competición: 460 horas/anuales

o Monitora base: 600 horas/anuales

- *Socorrismo: 8.600 horas/anuales*

El número máximo de horas por actividad será la suma total de todas ellas, es decir, 18.660 horas/anuales; en este sentido será posible, previa autorización del responsable del contrato, el trasvase de horas de unas actividades a otras siempre que sean de coste inferior las actividades en aumento.



El adjudicatario deberá respetar tanto el tope máximo de importe de adjudicación del contrato como el máximo de horas anuales fijadas en el párrafo precedente”.

2. La cláusula 18 contempla criterios de adjudicación valorables mediante fórmula y criterio valorables mediante juicios de valor. Conciernen a este recurso los primeros, estableciendo la cláusula lo siguiente:

“Precio: la empresa que oferte menor precio por la realización del contrato objeto de licitación, en aplicación matemática de la regla de tres simple directa, será la empresa adjudicataria: hasta 60 puntos. La mayor cantidad de baja ofertada sobre del precio total del contrato (IVA excluido) será valorada con la máxima puntuación establecida para este criterio; la oferta que no realice baja alguna será valorada con 0 puntos, atribuyéndose a los restantes importes (cantidades) de baja ofertados la puntuación que proceda proporcionalmente conforme a la regla de tres.

El reparto de los 60 puntos será del siguiente modo:

- *Precio/hora actividades deportivas/musculación: hasta un máximo de 15 puntos.*
- *Precio/hora gimnasia rítmica competición: hasta un máximo de 5 puntos.*
- *Precio/hora gimnasia rítmica base: hasta un máximo de 5 puntos.*
- *Precio/hora socorrismo: hasta un máximo de 20 puntos.*
- *Precio coordinación: hasta un máximo de 5 puntos.*

Tras el cálculo de la puntuación en cada uno de los apartados, la puntuación total en el criterio precio será el resultado de la suma de los parciales.

Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o anormales, notificará esta circunstancia a los licitadores supuestamente comprendidos en ella, para que dentro del plazo



de cinco días justifiquen dichas ofertas. La justificación realizada por los licitadores se remitirá a informe de los Servicios Técnicos a fin de que emitan el correspondiente informe.

Se considerará, en principio, como desproporcionada o anormal las ofertas que se encuentran 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 solo 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”.

3. La cláusula 33 dispone que:

“El adjudicatario tiene derecho al abono del precio convenido, con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato, correspondiente a los trabajos efectivamente realizados y formalmente recibidos por la Administración. En tal sentido aquellas actividades que no se puedan realizar como consecuencia de no cubrir un mínimo de usuarios no será prestada por el adjudicatario y por lo tanto no será abonada.



El pago del precio se realizará mediante la presentación mensual de factura desglosada en los tres conceptos objeto de contratación (los tres servicios contratados: actividades deportivas, actividad gimnasia rítmica y socorrismo), previa recepción de conformidad por parte del concejal del área, responsable del contrato. Las actividades (excepto socorrismo y monitor de sala) que tengan una duración de hasta treinta minutos se facturarán en proporción al coste hora de actividad”.

Segundo. Resultaron admitidas a licitación 5 sociedades, las cuales fueron evaluadas en relación con los criterios dependientes de juicios de valor del siguiente modo (esto se expone únicamente a efectos de legitimación, pues en lo demás no es relevante para la resolución del recurso especial):

ARASTI	25
SEDENA	22
SIMA (recurrente)	38
EBONE	23
SPORT STUDIO (adjudicataria)	38,5

Tercero. En la mesa de contratación celebrada el 16 de diciembre de 2020, se procede a la apertura de los sobres que contenían la propuesta económica, resultando las siguientes ofertas:

Licitador	Actividades deportivas/musculación	Gimnasia rítmica competición	Gimnasia rítmica base	Socorrismo	Coordinación
ARASTI	18,20 €/hora	45 €/hora	18,20 €/hora	15 €/hora	20.000 €/año



SEDENA	19,54 €/hora	43,84 €/hora	19,74 €/hora	16,49 €/hora	23.219,60 €/año
SIMA	20,99 €/hora	0,01 €/hora	0,01 €/hora	18,75 €/hora	0,01 €/año
EBONE	11,95 €/hora	31,30 €/hora	13,09 €/hora	11,38 €/hora	26,84 €/hora
SPORT STUDIO	16,80 €/hora	43,45 €/hora	18,17 €/hora	14,60 €/hora	21.974,37 €/año

Hemos destacado los precios controvertidos para facilitar su identificación.

A la vista de lo anterior, la oferta de la recurrente se consideró incurso en presunción de baja temeraria, por lo que se acordó requerirle para justificar las bajas ofrecidas en relación con la gimnasia rítmica de competición, la gimnasia rítmica base y el apartado de coordinación.

Cuarto. Mediante escrito de 21 de diciembre de 2020, SIMA DEPORTE Y OCIO expone lo siguiente en justificación de su oferta:

“La explicación de porqué SIMA ha presentado unos precios/hora llamativamente bajos en 3 actividades responde únicamente a una cuestión estratégica, dado el criterio de valoración del precio, establecido mediante su redacción en la cláusula 18.1. del PCAP, al otorgar puntuaciones a las ofertas “proporcionalmente conforme a regla de tres”, observándose que una baja desigual en los distintos precios hora, permite obtener una puntuación superior frente a bajas lineales. De esta manera, la baja propuesta en las 3 actividades que incurren en temeridad son las que menos representación tienen en el contrato (entre las tres, apenas un 20% del total de horas- incluyendo las correspondientes al 30% de una jornada completa de coordinación-). Por el contrario, apenas se hizo una bajada de un céntimo en la actividad que tiene mayor carga horaria (Actividades deportivas y musculación con 11.100 horas anuales, esto es, el 45% del total de horas del contrato), y de 1,25€ en las segunda actividad con mayor carga horaria (socorrismo, con 8.600 horas, el 35% del total de horas del contrato), quedando



suficientemente aclarado que el precio ofertado en conjunto no incurre ni mucho menos en temeridad, al no sobrepasar siquiera la media aritmética de las ofertas presentadas”.

A continuación, expresa como considerada en su conjunto la oferta es viable, sin que sea preciso expresar los motivos para la resolución del presente, por lo que más adelante se dirá.

Quinto. El anterior escrito fue pasado a informe de la Secretaria e Intervención del Ayuntamiento, que fue emitido el 23 de febrero de 2021, concluyendo que la justificación de la baja no era suficiente.

En síntesis, el informe razona lo siguiente:

- La valoración de cada apartado es independiente, tal y como evidencia el artículo 18.1 del PCAP (antes reproducido), que además de desglosar los precios, indica que *“tras el cálculo de la puntuación en cada uno de los apartados, la puntuación total en el criterio precio será la suma de los parciales”*.
- El apartado 3.1 del mismo pliego establece un número máximo de horas a prestar por el importe unitario que resulte de la adjudicación, siendo el único importe fijo (independiente de las horas prestadas) el de coordinación. Además, este apartado prevé la posibilidad de traspasar horas de unas actividades siempre que sean de coste inferior, lo que podría dar lugar a que el recurrente tuviera que prestar más horas a precio de 1 céntimo de euro.
- El contrato establece un número mínimo de horas por actividad, más allá del cuál no garantiza su prestación y abono, pues depende de las necesidades a satisfacer.
- El pago del precio (cláusula 33 del PCAP) se realiza mediante la presentación mensual de factura desglosada por los conceptos de contratación.

Partiendo de lo anterior, expone que no puede atenderse al precio global del contrato, que además el recurrente calcula en su justificación en base a horas máximas, que en modo alguno están garantizadas. Añade que aplicando los precios ofertados al mínimo de horas



previsto por el pliego (único garantizado) el resultado no alcanzaría a cubrir ni siquiera el personal subrogable y, desde luego, no el estimado.

Sexto. En la mesa de contratación celebrada el 12 de marzo de 2021 se propuso la exclusión de la oferta de la licitadora, con fundamento en el informe antes resumido y la adjudicación en favor de la mercantil SPORT STUDIO.

Séptimo. En fecha 6 de mayo de 2021 el pleno del Ayuntamiento hace suyas ambas propuestas, lo que fue notificado a la recurrente el día siguiente.

Octavo. En fecha 26 de mayo de 2021 SUMA DEPORTE Y OCIO presenta el presente recurso especial en materia de contratación contra el acto administrativo referido en el expositivo anterior. Tras exponer los antecedentes del caso y la concurrencia de los requisitos precisos para la admisibilidad del recurso, alega (FD6º) la arbitrariedad y la falta de motivación de la adjudicación del contrato a SPORT STUDIO, solicitando la anulación del expediente y la adjudicación en su favor. De igual modo, razona (aunque en el apartado de los hechos) la improcedencia de la exclusión acordada, dado que la presunción de anormalidad debe observarse respecto del “criterio precio” en su conjunto, siendo que su oferta responde a una estrategia legítima. Incide en que los pliegos no prevén horas mínimas de cada servicio, como se refleja en el informe técnico. Añade que la posibilidad de trasvase de horas se producirá únicamente si así lo solicita el adjudicatario. Destaca su solvencia empresarial, que le permitirá desarrollar el servicio.

Noveno. En fecha 9 de junio de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones.

En fecha 16 de junio de 2021 se presentan alegaciones por la entidad adjudicataria SPORT STUDIO. En ellas alega, en síntesis, la inadmisibilidad del recurso por no haberse recurrido el acuerdo de la mesa que acordaba su exclusión, lo que determinaría su falta de legitimación; así como su carácter extemporáneo. A continuación, defiende la correcta adjudicación del



contrato en su favor por haber presentado la mejor oferta admitida, así como la procedencia de la exclusión de la recurrente, pues su oferta fue confeccionada en fraude de ley, con cita de las resoluciones de este tribunal nº513/2020, de 2 de abril y nº958/2020, de 4 de septiembre.

Décimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 11 de junio de 2021 acordando 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.

Undécimo. Ha presentado informe el órgano de contratación, interesando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma del Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales, de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. El recurso se interpone contra el acto de adjudicación (y exclusión) de un contrato de servicios cuya cuantía supera los umbrales para ser sometido a este Tribunal, por lo que debe ser admitido a trámite, de conformidad con el artículo 44, apartado 1, letra a) y apartado 2, letra c), de la LCSP.

Tercero. El recurso se interpone dentro de plazo y mediante escrito que fue presentado en el Registro Electrónico del Ayuntamiento licitante.

A pesar de lo alegado por la adjudicataria, el mismo no puede considerarse extemporáneo, pues el artículo 50.1 letra c) de la LCSP establece que el plazo de 15 días se computará, cuando se interponga contra la adjudicación del contrato, *“a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”*.

Obra en el expediente acuse de recibo que acredita que el acuerdo del Pleno dictado el día 6 de mayo se notificó a la aquí recurrente el día 7 del mismo mes, por lo que el recurso presentado el 26 está dentro del plazo legal.

Cuarto. El recurso se interpone por persona legitimada para ello, de conformidad con el artículo 48, pues de la estimación del recurso se pudiera derivar una ventaja evidente para la misma: permanecer en la licitación y, a decir de la recurrente, resultar adjudicataria de la misma.

En este punto este Tribunal debe discrepar de nuevo con las alegaciones de la adjudicataria acerca de la imposibilidad de interponer recurso contra la adjudicación por parte de una licitadora excluida. Y ello por partir de un error, como es considerar que la propuesta de exclusión efectuada por la mesa de contratación es un acto de trámite cualificado. Tal propuesta es un acto de trámite, pero no cualificado, como lo sería en el caso de constituir propiamente el acuerdo de exclusión. En estas circunstancias, la sociedad propuesta como excluida no podía interponer recurso contra tal decisión, obrando correctamente mediante la impugnación del acuerdo del pleno del Ayuntamiento que hace suya la propuesta.

Quinto. Resuelto que está que el recurso es admisible, procede ahora resolver el fondo de la cuestión que se plantea. Eso sí, bastara con juzgar correcta la exclusión de la recurrente para hacer innecesario el análisis de la corrección de la adjudicación efectuada en favor de SPORT STUDIO.

En este punto, este Tribunal considera ajusta a Derecho la exclusión de la licitadora recurrente. La oferta económica estaba compuesta por una suma de descuentos que debían



efectuarse sobre las distintas actividades, cada una de las cuáles está dotada de sustantividad propia (así resulta con meridiana claridad de las cláusulas expresadas en el antecedente de hecho primero de la presente resolución). No se trata de distintos componentes o partes que juntamente formen un todo, sino de precios distintos referidos a actividades diversas.

De este modo, resulta exigible verificar que cada una de las actividades que van a desarrollarse son individualmente viables. Esto resulta reforzado si tomamos en cuenta que la cláusula 18.1 expresamente dispone que la puntuación será la suma de la obtenida en cada una de las actividades, al tiempo que les asigna una puntuación distinta e individualizada. La sustantividad propia resulta igualmente evidente de la propia conducta de la recurrente, conocedora de que cada actividad daba lugar a una puntuación autónoma.

SIMA intentó obtener una mayor puntuación, no a través de la realización de una mejor oferta, sino a través de un artificio (calificado por ella como estrategia) consistente en ofrecer precios irrisorios e irreales en tres de las cinco actividades evaluables. En las circunstancias expresadas el requerimiento de justificación de la baja está plenamente justificado.

Y de lo que se trata es de que la recurrente ofrezca argumentos que permitan confiar en la viabilidad y seriedad de su oferta. Del informe técnico de fecha 23 de febrero de 2021 resulta con toda claridad que el órgano de contratación no puede confiar en que la oferta presentada por la recurrente resulte viable, pues dicha viabilidad dependerá de que finalmente se presten un mayor número de servicios en los que el recurrente ha incluido precio y uno menor de los que ha ofertado a precios irrisorios algo que, lógicamente, se escapa por completo de su control.

De la cláusula 3.1 del PCAP (*“El número de horas máximo-anuales para la realización de dichas actividades”*) y de la cláusula 33 (*“aquellas actividades que no se puedan realizar como consecuencia de no cubrir un mínimo de usuarios no será prestada por el adjudicatario y por lo tanto no será abonada”*) resulta que no existe un número de horas garantizado para cada actividad. Si bien existe un importe total máximo del contrato, este se calcula únicamente a



efectos de determinar la necesidad de crédito máximo anual a contemplar presupuestariamente y a efectos de fijación de precio del contrato y valor estimado del mismo.

Sin embargo, como anticipamos, ello no puede conocerse de antemano (ni aunque la recurrente sea la actual adjudicataria, lo que no puede otorgarle ventaja alguna de trato ex. art. 40, letra b, de la LCSP), no solo porque el pliego no garantiza un número concreto de horas de cada actividad, sino porque incluso prevé el trasvase de horas de un tipo de actividad a otro de menor coste unitario (cláusula 3.1). Y en este punto, a pesar de que la referida cláusula haga mención a “la autorización” del responsable del contrato, no entendemos que sea una potestad en manos del adjudicatario, sino que la razón de la cláusula está en permitir al órgano de contratación adaptar la demanda y oferta de actividades.

Como dice el informe técnico, se puede dar la paradoja, de que, por necesidades del servicio, se trasvasen horas de actividades deportivas y musculación o socorrismo a gimnasia rítmica competición o gimnasia rítmica base pasando a prestarse a 0,01 euros/hora, por lo que la estimación de costes prevista por la licitadora no se cumpliría.

Alega la recurrente que el pliego no establece un número mínimo de horas, habiéndose determinado de forma arbitraria en el informe técnico y siendo asumido acríticamente por la mesa y por el órgano de contratación. Lo primero que hemos de decir es que la decisión administrativa no descansa de modo exclusivo en este punto. En todo caso, si ni siquiera se garantiza tal número mínimo (tesis del recurrente) podría ocurrir que los ingresos derivados del contrato resultaran aun menores que los estimados con arreglo a tal criterio. En todo caso, el criterio empleado en el informe no es arbitrario, sino que, como expone el órgano de contratación en su informe, obedece a un estudio minucioso del PPT (así, por ejemplo, se incluyen todas las horas de socorrismo, por ser un servicio obligatorio y, respecto de las restantes, se han computado las horas correspondientes a los grupos mínimos exigidos).

Sexto. Por último, como señala la adjudicataria en sus alegaciones al recurso, este Tribunal ya se ha ocupado de asuntos análogos al presente de manera reciente con más rotundidad de lo que lo ha hecho el órgano de contratación en su decisión de exclusión (que llega a



calificar de “legítima” la estrategia de la ahora recurrente). No vamos a reproducirlas íntegramente para evitar una extensión innecesaria de la presente resolución, limitándonos a reflejar los siguientes párrafos:

Recurso nº 150/2020 Resolución nº 513/2020

“En primer lugar, porque la oferta ha sido formulada en fraude de ley. El precio cero no es precio. Lo ha empleado el adjudicatario en uno de los tres elementos evaluables para hacer inoperante la fórmula para su valoración en perjuicio de sus competidores. Si la oferta cero se considerase precio recibiría la puntuación máxima del criterio (30 puntos) e impediría la asignación de puntos a las otras ofertas que no van al precio máximo, único que determinaría cero puntos. Incluso si la oferta de los otros dos licitadores hubiese sido 0,1 euros se les habría asignado cero puntos por la maniobra de la adjudicataria”.

Recurso nº 585/2020 Resolución nº 958/2020

“El acto realizado por el adjudicatario consistente en formular oferta a varias prestaciones tipo del lote 6, cinco de doce, precios por importe de 0,01 euros, supone desvirtuar la operativa de la fórmula de valoración de los precios ofertados de forma fraudulenta al obtener por el método de ofertar precios ficticios o simbólicos a algunas prestaciones tipo totalmente ajenos a los costes reales de esas prestaciones, descuentos ficticios y por ello una mejor puntuación con claro quebrantamiento del principio de competencia leal y efectiva, y en perjuicio de los demás licitadores competidores leales y efectivos que al formular sus precios cumplen la norma y se ajustan al PCAP, obtienen menores descuentos y por ello, en la fórmula de valoración de los precios ofertados, menos puntos que la adjudicataria”.

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. C. R. en representación de SIMA DEPORTE Y OCIO, S.L. contra la adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Colindres para contratar el servicio “*Actividades deportivas del Ayuntamiento de Colindres*”.

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 sanción prevista en el artículo 58 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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.