



Recurso nº 1339/2022 C. Valenciana 318/2022

Resolución nº 1476/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 24 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.H.C., en su propio nombre y representación, contra la Resolución de 29 de septiembre de 2022 del Pleno del Ayuntamiento de Biar por la que se excluye al recurrente de la concesión administrativa y se adjudica la “*concesión de servicios de explotación del Hotel de 4 estrellas Vila de Biar*”, con expediente n.º 900/2020, convocada por el citado Ayuntamiento, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En 8 de abril de 2022 se publicó anuncio de la licitación que nos ocupa en el DOUE y en la plataforma de contratación del sector público. Se trata de una concesión de servicios de explotación de un hotel, de valor estimado 5 464 717,79 euros y una duración de 10 años.

Segundo. La cláusula 13ª del PCAP regula las ofertas anormalmente bajas, disponiendo: “1. Cuando por aplicación de los parámetros establecidos en los criterios de valoración de las ofertas, alguna de ellas se encuentre incurso en presunción de anormalidad, se concederá a los licitadores afectados un plazo de cinco (5) días para que puedan presentar una justificación adecuada a las circunstancias que les permitan ejecutar su oferta en dichas condiciones, según los criterios del art. 149.4 LCSP.

El carácter de anormalidad de las ofertas se aplicará al criterio del canon ofertado. Se considerarán, en principio, desproporcionadas cuando se encuentren entre los supuestos previstos en el art. 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba RGLCAP:



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

2. Cuando concurren dos licitadores, las que sean superiores en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean superiores 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 de 25 unidades porcentuales.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean superiores 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.

2. La Mesa de Contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y solicitará informe al vocal técnico de la Mesa, en base al cual elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que esté debidamente motivada.

3. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes oportunos, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá y acordará la adjudicación del contrato en favor de la siguiente mejor oferta.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando ésta sea incompleta o se



fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”.

Tercero. Seguido el procedimiento por sus fases, se procedió a la apertura de las ofertas económicas de los licitadores en fecha 26 de mayo de 2022. De tales ofertas se considera que la oferta del recurrente está incurso en presunción de anormalidad, habida cuenta de que proponía un canon mensual de 3000,00 €, lo que implicaba una diferencia de unidades porcentuales de 179,07 %. En consecuencia, en fecha 28 de junio de 2022 se le requiere para que presente una justificación que permita considerar que la oferta es realizable.

El interesado presenta en 21 de julio de 2022 un escrito señalando que “Tal y como puede observarse, de la estimación de los resultados para todo el periodo de licitación, la cuenta de explotación daría un resultado conjunto de 578 123 € antes de impuestos. Este resultado sería para satisfacer el sueldo de la gerencia y resultado de la concesión. Dicho importe sería después de absorber el canon de explotación y procurarle al licitador unos beneficios suficientes para estimar rentable la licitación De lo concluido se extrae que, aunque la oferta se considera como anormalmente baja, esto no está producido por la cantidad ofertada por el licitador en cuestión, sino por las dos ofertas restantes demasiado reducidas, teniendo en cuenta los datos empleados en este análisis, existiendo márgenes de beneficio suficientes para ofertas más elevadas”.

En mérito a los argumentos contenidos en el informe, se propone en 19 de septiembre de 2022 la exclusión del recurrente y la adjudicación a la mercantil VIDAGON RESTYHOT, S.L. (VIDAGON o la adjudicataria).

En 3 de octubre de 2022 se publicó en la plataforma de contratación del sector público anuncio del acuerdo de adjudicación.

Cuarto. En fecha 25 de octubre de 2022, D. S.H.C. ha presentado escrito de recurso invocando que la adjudicataria y la otra licitadora (CAR-MAR ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS, S.L.) se habían concertado para formular ofertas a la baja y, por tanto, deben ser excluidas previa remisión de los antecedentes a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Invoca que existe una práctica colusoria, con unas ofertas formuladas en connivencia con un concierto de voluntades al objeto de distorsionar la



competencia. Ello se fundamenta en que los documentos de las propuestas económicas comparten similitudes (tipología de letra y estructura, al margen del modelo establecido por el órgano de contratación). Ambas propuestas económicas y DEUC tienen fecha de 28 de abril de 2022. Asimismo, ello se infiere del expediente 14/2022, relativo al arrendamiento de bien y su equipamiento propiedad del Ayuntamiento de Estercuel, en que VIDAGON presenta la documentación de la empresa CAR-MAR.

Por lo demás, invoca que la exclusión por falta de justificación de la oferta está carente de motivación. Así, la oferta se formula y justifica por estancias, en tanto que el informe del técnico del ayuntamiento valora por personas. Por otra parte, el informe no ha tenido en cuenta que los ingresos son superiores a los reflejados en la memoria económica, y que, salvo el quinto año, los ingresos aumentan en mayor proporción que los gastos debido a que los costes fijos representan una mayor proporción que los variables. Además de la falta de justificación, precisamente el informe técnico no aclara por qué considera que una oferta económica de 3000 euros mensuales durante cinco años es temeraria o desproporcionada, cuando el estudio de viabilidad concluye que, una vez terminado el periodo de carencia en enero de 2024, el licitador haga una aportación no inferior a 2500 € mensuales durante los 6 años siguientes.

Con estos fundamentos el recurrente solicita que se declare la nulidad del acuerdo de adjudicación, la nulidad de las ofertas de las competidoras, que la única válida es la del propio recurrente y la suspensión del procedimiento o, subsidiariamente, la retroacción al momento de valoración de las ofertas para valorar la presentada por el recurrente.

Quinto. El órgano de contratación remite, junto con el expediente, informe en el que solicita que se desestime el recurso por cuanto las referencias al estilo de las ofertas y fecha de presentación no se consideran indicios para determinar la existencia de conductas colusorias (cita resoluciones de este Tribunal 864/2021 y 60/2021) y, por lo demás, la motivación de la inadmisión de la justificación es adecuada y suficiente.

Sexto. La Secretaría del Tribunal en fecha 31 de octubre de 2022 dio traslado del recurso interpuesto para la realización de alegaciones, sin que se hayan presentado a la fecha de la redacción de la presente.



Séptimo. Interpuesto el recurso, se ha producido la suspensión automática del procedimiento de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, 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, en lo sucesivo), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento. Consta acuerdo de mantenimiento de dicha suspensión, por parte de la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, de fecha 27 de octubre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. En cuanto a la impugnabilidad del acuerdo, a la luz del art. 44 LCSP, del valor estimado del contrato y acto impugnado, el mismo resulta impugnable, pues se trata de una concesión de servicios de valor superior a 3 millones de euros, impugnándose el acuerdo de adjudicación y de exclusión (artículos 44.1.c), y 44.2.b) y c) de la LCSP).

Tercero. A tenor del art. 50 LCSP: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

(...)

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará 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”.

Considerada la publicación del acuerdo, así como la fecha de presentación y los días feriados en el plazo, el recurso ha sido interpuesto en plazo.



Cuarto. Superado el óbice anterior, procede considerar si el recurrente tiene legitimación para impugnar la adjudicación y su exclusión, de conformidad con el art. 48 LCSP: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

A la luz de este precepto, debe reconocerse legitimación, pues el mismo ha resultado excluido de la licitación, no pudiendo ser adjudicatario de la misma y siendo los otros dos licitadores concurrentes, el mejor clasificado y segundo mejor clasificado en consecuencia, contra los que se solicita la consideración de que la oferta está incurso en práctica colusoria.

Quinto. Procede, en primer lugar, analizar el recurso contra la exclusión de la empresa recurrente.

La oferta del empresario D. S.H.C. estaba inicialmente incurso en presunción de anormalidad o desproporción, de acuerdo con los parámetros establecidos en el PCAP.

El día 28 de junio de 2022 fue requerido para que justificara su oferta, de acuerdo con la cláusula 13 del PCAP.

El Sr. Hernández Conca aportó, en plazo, un escrito de 10 páginas de extensión, en el que argumentaba las razones por las que consideraba que su oferta era viable, previendo un resultado global positivo, a lo largo de los 10 años de la concesión, de 578.123 euros.

El informe emitido por el Ingeniero Técnico Municipal, de fecha 19 de septiembre de 2022, concluye que no queda suficientemente acreditado el ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato.

Este informe, después de comparar los ingresos de explotación del estudio de viabilidad del expediente con los indicados en la justificación de la oferta del recurrente, motiva el rechazo de la justificación del siguiente modo:



“- Se estima, para calcular el primer año de explotación, unos ingresos de 530.800,00 €, en función de unas estancias estimadas de 7600 personas, con un precio medio de 69,84 €/persona. Para dicha estimación, no existe un documento justificativo de la ocupación. Dichos datos se obtienen de una estimación de un precio medio de 70,56 €/persona en el año 2019, y un precio medio de 69,12 €/persona para 2021, sin que exista igualmente documento alguno que lo justifique.

- En cuanto al crecimiento de los ingresos, se estima del 2,5% anual + 1,5 % de IPC, lo que supone un incremento anual del 4%; cuando el resto de costes tienen un incremento del 2,5 % anual y costes salariales del 1,5% anual, lo cual corresponde a una media de incremento de costes anual del 1,90 %.

- No se han considerado los costes del Impuesto de Sociedades, IRPF, y estimación de Gastos financieros, ya que habrá que tener en cuenta que los primeros meses la actividad de explotación es deficitaria y habría que asumir las mejoras ofertadas.

SEGUNDO.- Además de lo indicado en el punto anterior, en la justificación aportada, no se aportan soluciones técnicas más favorables para poder realizar la prestación, medidas de innovación y originalidad en cuanto a materias medioambientales, sociales o laborales, o la posibilidad de obtención de ayudas”.

Alega la recurrente, con razón, que la justificación no se refiere a “personas”, sino a “estancias”.

El Tribunal tampoco comparte las apreciaciones del informe técnico en cuanto a:

- La omisión del Impuesto sobre Sociedades, debido a que se trata de un empresario individual, que no tributa en este impuesto,
- La diferente evolución del porcentaje de los ingresos y los gastos, que no tiene por qué coincidir, y
- El no haber tenido en cuenta en la justificación los gastos financieros, ya que estos dependerán de la capacidad de financiación que ostente dicha persona.



No obstante, existe un argumento en el informe que el Tribunal sí considera que fundamenta el acuerdo adoptado, dada la discrecionalidad técnica de la que está investido el órgano de contratación, y es la falta de acreditación de los ingresos que prevé la recurrente.

El escrito de justificación dice hacer un cálculo intermedio entre los ingresos reales de 2019, y los ingresos reales de 2021, para el primer año de la concesión, previendo después un crecimiento de los mismos del 2,5%, y un 1,5% por la inflación. Pero no aporta prueba alguna de cuáles sean esos ingresos reales, ni en qué se basa la previsión de crecimiento.

En el documento de justificación de su oferta, el recurrente afirma que es trabajador del establecimiento hotelero, y que por eso conoce los datos reales de 2019 y 2021, pero eso no es suficiente. En su escrito de recurso manifiesta que en el momento de realizar la justificación de su oferta no disponía de los registros.

El estudio de viabilidad del expediente estima unos ingresos para los 10 años de duración del contrato de 5.372.361 euros, frente a los 6.384.136 euros que prevé el recurrente en su justificación. Dado que este incremento de ingresos no se considera justificado, y es superior al beneficio previsto de 578.123 euros, debemos concluir que el informe en que se basa la exclusión está suficientemente motivado, y que la exclusión es conforme a Derecho, por lo que se desestima este motivo de recurso.

Una vez declarada ajustada a Derecho la exclusión de la recurrente, ésta carece de legitimación para impugnar la adjudicación del contrato.

Sexto. No obstante, haremos algunas consideraciones, con carácter *obiter dicta*, sobre el motivo de recurso referido a la adjudicación del contrato.

El licitador recurrente ha puesto de manifiesto una serie de hechos plausibles que podrían ser constitutivos de prácticas colusorias por parte de las otras dos empresas participantes en el procedimiento, la adjudicataria VIDAGON RESTYHOT, S.L., y CAR MAR ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS, S.L. Concretamente:



- Presentan dos precios prácticamente iguales, y muy cercanos al tipo, de 1.050 y 1.100 euros/mes de canon, que serían relevantes a la hora de determinar las empresas incursas en presunción de anormalidad,
- Ambos DEUC están firmados el día 28 de abril de 2022.
- Ambas empresas ofertan 100 metros cuadrados de envolvente, y 6 unidades de bañeras en las dos únicas mejoras evaluables como criterio de adjudicación, distintas del precio,
- Ambas ofertas están fechadas el día 28 de abril de 2022, y tienen la misma estructura y tipo de letra,
- Según publica la aplicación INFORMA ambas empresas han tenido sede y/o sucursal en la calle Paseo Ramón Castilla 19, de Frigiliana (Málaga).

Además, se observa en el expediente que la apoderada de CAR MAR es D. P.G.H., y, sin embargo, en el DEUC de CAR MAR se afirma que el representante de esta empresa es D. Francisco González Ruiz, lo mismo que se indica en el DEUC de la empresa VIDAGON (en ambas con el mismo error, ya que la apoderada es D. F.G.R.).

Se recuerda a ese órgano de contratación la forma de proceder ante la posibilidad de comisión de este tipo de prácticas, falseadoras de la libre competencia, expuesta con detalle en nuestra reciente Resolución 1475/2022 (recurso 1450/2022).

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. S.H.C., en su propio nombre y representación, contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “*concesión de servicios de explotación del Hotel de 4 estrellas Vila de Biar*”, con expediente n.º 900/2020, convocado por el citado Ayuntamiento.



Segundo. Inadmitir el recurso interpuesto por D. S.H.C., en su propio nombre y representación, contra la adjudicación del procedimiento de licitación del contrato de “*concesión de servicios de explotación del Hotel de 4 estrellas Vila de Biar*”, con expediente n.º 900/2020, convocado por el citado Ayuntamiento.

Tercero. Levantar la medida cautelar producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Cuarto. 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 58.2 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 la Comunidad Valenciana, 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.