



Recurso nº 1197/2023

Resolución nº 1145/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. F.C.R., en representación de la mercantil TIQUETEO SPAIN, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento "*Sistema integral de venta de entradas*", con expediente 202350NSP159, convocado por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Presidenta del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional por Resolución aprobó el expediente y los pliegos rectores del contrato de servicios para la gestión del sistema integral de venta de entradas a los diferentes Palacios y Museos gestionados por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, así como a exposiciones temporales y cualesquiera otros actos o eventos culturales, educativos e institucionales que se organicen. El contrato fue anunciado sin división del objeto en lotes, con un valor estimado de 600.000 €, con lo siguientes CPV:

72212110 - Servicios de desarrollo de software de puntos de venta.

22457000 - Tarjetas de entrada.

64216210 - Servicios de información con valor añadido.

79512000 - Centro de llamadas.

Segundo. El procedimiento de adjudicación siguió los trámites que prescribe la vigente 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 2014/34/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), propios del procedimiento negociado sin publicidad para un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

Tercero. A este procedimiento de licitación con fecha 31 de mayo de 2023 se procedió a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, a enviar las invitaciones a participar en el procedimiento negociado sin publicidad del expediente “Sistema integral de venta de entradas” a las siguientes empresas:

- EL CORTE INGLÉS, S.A.,
- ENTRADAS EVENTIM, S.A.,
- HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L.U.,
- KZEMOS TECHNOLOGIES, S.L.U.,
- LEGENDS HOSPITALITY, S.L.
- TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., y
- TIQUETEO SPAIN, S.L.

Dentro del plazo de presentación de ofertas que finalizaba el 14 de junio del presente, se formalizaron las siguientes:

- ENTRADAS EVENTIM, S.A.,
- KZEMOS TECHNOLOGIES, S.L.U., y
- TIQUETEO SPAIN, S.L.

Cuarto. El 15 de junio de 2023 se constituye la mesa de contratación al objeto de analizar la documentación administrativa aportada por los licitadores que han presentado oferta al procedimiento y son admitidas las tres licitadoras relacionadas anteriormente. En la misma sesión, la mesa de contratación de Patrimonio Nacional acuerda la apertura de los sobres 2



de las empresas mencionadas que contienen las propuestas técnicas que han de ser valoradas mediante criterios subjetivos por juicios de valor.

Quinto. En la reunión de la mesa celebrada el 22 de junio, la mesa de contratación hace suyo el informe de valoración de los criterios valorables mediante juicios de valor. El resumen de las puntuaciones dadas a los criterios de adjudicación subjetivos aprobados por la mesa de contratación es el siguiente:

Empresa	Puntuación
TIQUETEO SPAIN SL	44,75
EVENTIM	27,5
KZEMOS TECHNOLOGIES SLU	47

A continuación, se procede a la apertura de los sobres 3 que contienen la documentación que ha de ser valorada mediante criterios evaluables automáticamente por fórmulas y cuyo resultado es el siguiente:

	TIQUETEO SPAIN SL	ENTRADAS EVENTIN SA	KZEMOS TECHNOLOGIES SLU
NÚMERO DE EQUIPOS ADICIONALES			
ampliación del número de máquinas expendedoras sobre el mínimo requerido	6	6	6
ampliación de equipos de taquillas disponibles para incidencias	4	4	4
ampliación de elementos de control de acceso:	4	4	4
CENTRO DE ATENCIÓN TELEFÓNICA			
incremento del horario de atención telefónica personalizada mediante operador	Horario atención telefónica de 08:00 a 24:00	Horario atención telefónica de 08:00 a 24:00	Horario de atención telefónica 24 horas al día sin interrupción
incremento de idiomas de atención telefónica	4	---	4
JORNADAS DE TRABAJO DE APOYO PRESENCIAL			
número de jornadas de trabajo de apoyo presencial en las taquillas y puntos de acceso en el museo que lo requiera	30	240	30
COMISIÓN DE GESTIÓN			
Comisión máxima por la gestión de las entradas no gratuitas adquiridas mediante pago electrónico	0,65 €	1,00 €	1,00 €
OFERTA ECONOMICA			
Oferta económica de la empresa (sin IVA)	80.000,00 €	145.184,30 €	120.000 €



En la misma sesión, la mesa acuerda excluir a la mercantil ENTRADAS EVENTIN SA al haber excedido la oferta económica presentada el presupuesto base de licitación establecido en 142.857,14 € (sin IVA) y de conformidad con el artículo 169 de la LCSP, y con los pliegos rectores de la licitación, procede la apertura de negociaciones.

A tal efecto, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, se concede un plazo de tres días hábiles para que, si lo consideran pertinente, las dos empresas concurrentes presenten nueva oferta, mejorando las condiciones económicas de la que hubieran formulado con anterioridad.

Sexto. Reunida la mesa de contratación el 29 de junio para la apertura de las nuevas ofertas presentadas en la fase de negociación, el acta levantada refleja lo siguientes resultados:

	TIQUETEO SPAIN SL	KZEMOS TECHNOLOGIES SLU
NÚMERO DE EQUIPOS ADICIONALES		
ampliación del número de máquinas expendedoras sobre el mínimo requerido	6	6
ampliación de equipos de taquillas disponibles para incidencias	4	4
ampliación de elementos de control de acceso:	4	4
CENTRO DE ATENCIÓN TELEFÓNICA		
incremento del horario de atención telefónica personalizada mediante operador	Horario de atención telefónica 24 horas al día sin interrupción	Horario de atención telefónica 24 horas al día sin interrupción
incremento de idiomas de atención telefónica	4	4
JORNADAS DE TRABAJO DE APOYO PRESENCIAL		
número de jornadas de trabajo de apoyo presencial en las taquillas y puntos de acceso en el museo que lo requiera	30	30
COMISIÓN DE GESTIÓN		
Comisión máxima por la gestión de las entradas no gratuitas adquiridas mediante pago electrónico	0,65 €	0,64 €
OFERTA ECONOMICA		
Oferta económica de la empresa (sin IVA)	48.000 €	0,00 €

Examinada la oferta final presentada por la empresa KZEMOS TECHNOLOGIES, S.L.U., la mesa acuerda solicitar ratificación del importe de la oferta económica y de la comisión de gestión por la venta de entradas no gratuitas mediante pago electrónico ofertadas.



Séptimo. El 6 de julio del presente la mesa de contratación evalúa la ratificación de la oferta presentada por KZEMOS TECHNOLOGIES SLU que reitera que, el importe de la oferta económica (0,00 euros) y de la comisión de gestión por la venta de entradas no gratuitas mediante pago electrónico (0,64 €) ofertadas.

De acuerdo con la evaluación de las propuestas aportadas por los licitadores, la mesa concluye la siguiente lista ordenada de manera decreciente de puntuación conforme a las puntuaciones obtenidas por los licitadores en las diferentes fases:

EMPRESA LICITADORA	Criterios NO Evaluables Mediante Formulas	Criterios Evaluables Mediante Formulas	Oferta Económica	PUNTOS TOTALES
KZEMOS TECHNOLOGIES SLU	47	31	20	98
TIQUETEO SPAIN SL	44,75	30,85	0,00	75,60

La mesa de contratación considera que la empresa KZEMOS TECHNOLOGIES, S.L.U., ha realizado la mejor oferta para la Administración y, en consecuencia, la propone como adjudicataria, siempre y cuando aporte la correspondiente documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, así como la correspondiente garantía definitiva y resto de documentación necesaria para poder convertirse en adjudicatario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP.

Octavo. Declarada la mejor oferta, el órgano de contratación instó la documentación del artículo 150.2 de la LCSP y por Resolución de la Presidenta del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional de fecha 4 de agosto de 2023 se adjudica el contrato a favor de KZEMOS TECHNOLOGIES, S.L.U.

Noveno. Disconforme la representación de TIQUETEO SPAIN, S.L., con la adjudicación del contrato, con fecha 21 de agosto del presente y por medio del registro electrónico presentó su



recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación, instando además la adopción de la medida provisional de suspensión cautelar del procedimiento.

Décimo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En especial, recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado a los otros licitadores para que, por un plazo de cinco días, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniese.

Ha presentado alegaciones la adjudicataria, KZEMOS TECHNOLOGIES, S.L.U. En síntesis considera,

a) Que la impugnación del contenido del PCAP (procedimiento de adjudicación seleccionado y configuración de la negociación) es extemporánea. Invoca la doctrina del Tribunal sobre la vinculación del licitador a los Pliegos, concluyendo que, presentada la proposición, no procede su impugnación cuando la adjudicación no le resulta favorable.

Considera que no existen defectos de nulidad que, en cumplimiento de la doctrina del Tribunal, habilitarían la impugnación de los Pliegos. Entiende que las causas de nulidad invocadas fueron conocidas y comprendidas desde el inicio por el recurrente, que fue invitado a presentar oferta y la presentó sin hacer objeción alguna al procedimiento de adjudicación elegido por el órgano de contratación, a la inexistencia de criterios para determinar las ofertas que deberían presumirse inviables por haber sido formuladas en términos que las hacen anormalmente bajas y la ausencia de un procedimiento de negociación.

b) Que la oferta económica que presentó en el procedimiento de negociación, de cero euros en el componente fijo del precio, no es contraria a Derecho. Entiende que la LCSP no se opone a que el precio del contrato se configure como variable. Manifiesta que en los contratos como el que es objeto de controversia la parte fundamental de los ingresos corresponde a las comisiones y que, incluso, es habitual que sean únicamente estas las que conformen la



retribución percibida por el contratista. Ofrece varios ejemplos de contratos licitados por otras entidades con objeto similar.

Señala que la oferta de un importe 0 en el componente fijo del precio no hace inaplicable la fórmula, cuando tanto la doctrina del Tribunal como la jurisprudencia ha aceptado que estas ofertas se equiparen a ofertas de 0,01 euros a efectos de su aplicación a la fórmula de valoración,

Entiende que ofertar un precio 0 en algún apartado es admisible siempre que la oferta económica en su conjunto tenga un precio positivo. Considera, adicionalmente, que no incurre en fraude de ley la oferta cuando el contrato consiste en una sola prestación.

c) En lo referido a la alegación del recurrente de falta de solvencia técnica, afirma haber acreditado cumplidamente la misma. Analiza las consideraciones realizadas por la recurrente en relación con los certificados aportados para la justificación de la solvencia técnica, concluyendo que no se fundan en la realidad. Manifiesta que, la carga de la prueba sobre la insuficiencia de los certificados aportados recae en el recurrente, y este no fundamenta su crítica sino en especulaciones sin fundamento.

d) Concluye considerando que el recurso ha sido interpuesto de mala fe.

Interesa, como conclusión, que se inadmitan las alegaciones del recurrente en relación con el contenido del pliego, subsidiariamente que desestime íntegramente la totalidad del recurso y que, en último extremo, considere retrotraer la licitación de forma que pueda subsanar los eventuales defectos del certificado cuestionado. Termina pidiendo la imposición de una multa a la recurrente en aplicación de lo dispuesto por el artículo 58 de la LCSP.

Undécimo. Por Resolución dictada por delegación por la Secretaria General el 31 de agosto de 2023 se acordó 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. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. La recurrente está legitimada al haber concurrido en la licitación presentando la correspondiente oferta, siendo la segunda mejor puntuada, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada que supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € y además el acto recurrido, la adjudicación, se refiere a una de las actuaciones susceptible de revisión ex artículo 44.2, c) de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50 de la LCSP, por otro lado, se han dado cumplimiento a las demás exigencias procedimentales, por lo que procede su admisión.

Quinto. Sostiene la defensa de la mercantil impugnante que la adjudicación realizada a favor de KZMOS TECHNOLOGIES, S.L.U., no es conforme a Derecho, e insta su anulación con base en las siguientes alegaciones:

1. Sobre la nulidad del procedimiento de licitación:

- No concurren los supuestos para haber tramitado el procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia;
- No se ha seguido el procedimiento legalmente establecido -inexistencia de negociación y revelación de las ofertas-.

En este sentido, la defensa de la recurrente estima que no procede la aplicación del artículo 168 b) nº 1 de la LCSP pues no está justificada una imperiosa urgencia, lo cual priva de validez a los actos emanados de esta licitación pues a su juicio, debió tramitarse en el seno de un procedimiento abierto. A este respecto esgrime que:



“En el presente caso, el procedimiento utilizado no es ajustado a derecho, carece de la mínima y necesaria justificación, no estando amparado en el supuesto previsto en el artículo 168. B. 1) de la LCSP, siendo por lo tanto nulo de pleno derecho, por cuanto el supuesto interés público en ningún caso puede amparar la vulneración de la Ley, expresada en el caso que ahora nos ocupa en la incorrecta utilización del procedimiento de licitación.

En consecuencia, procede la estimación del presente recurso, anulándose el acto impugnado y todo el procedimiento de contratación, por cuanto resulta evidente que se ha tramitado por el procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia cuando dicho supuesto no concurría.

Finalmente, y según se desprende del expediente de contratación y tal y como se ha indicado en los antecedentes del presente recurso, el órgano de contratación no realizó una verdadera negociación en el procedimiento, siendo las negociaciones inexistentes. Éstas consistieron simplemente en la presentación, en su caso, de una nueva oferta mejorando las condiciones económicas formuladas inicialmente. En consecuencia, se solicita también del TACRC la anulación del procedimiento y de la adjudicación por entender esta parte que el procedimiento seguido no fue ajustado a lo establecido en la LCSP, encontrándonos ante un procedimiento nulo de pleno derecho, por cuanto no ha habido una verdadera negociación y las ofertas definitivas se han presentado conociendo las ofertas de las otras empresas y una vez valorados y hecho público el informe técnico de valoración de los criterios cuya cuantificación depende de juicio de valor y los cuales no estaban sometidos a negociación”.

2. Inexistencia en los pliegos de la determinación de los criterios para la detección de bajas anormalmente bajas.

En este vicio de nulidad sostiene la defensa de la recurrente, TIQUETEO SPAIN, S.L., que:

“Por tanto, indudablemente, el PCAP tiene que contemplar los parámetros objetivos mediante los cuales se pueda considerar una oferta presuntamente anormal, para poder apreciar la viabilidad o no de una oferta incurso en dichos valores anormales y, en última instancia, preservar y garantizar el interés público que con la adjudicación de dicho contrato se pretende.

Si ello no sucede, es claro que falta esta comprobación de la viabilidad de la oferta, lo que puede conllevar a la adjudicación del contrato a un licitador que luego no pueda ejecutar el contrato correctamente.

Además, en el caso que nos ocupa y a la vista de la oferta presentada por la empresa adjudicataria, la determinación de los parámetros objetivos de identificación de los valores presuntamente anormales deviene incluso más necesaria, puesto que adicionalmente a que la oferta ha sido formulada en fraude de ley, no puede comprobarse si con el precio “0” ofrecido podrán realizarse las prestaciones y servicios objeto del contrato.

Así las cosas, entiende esta parte que procede la anulación de los pliegos y, consecuentemente, del procedimiento de contratación y del acuerdo de adjudicación”.

3. Exclusión de la oferta hecha por la adjudicataria, KZEMOS TECHNOLOGIES, S.L.U., al presentar en la fase de negociación una oferta económica de 0 euros.

La recurrente estima que la contra oferta de la adjudicataria formalizada en la fase de negociación incurre en fraude de ley y así matiza que:

“Subsidiariamente, y en el supuesto de que no se anule el procedimiento de contratación por las causas especificadas en la anterior alegación, entiende esta parte que procede la anulación de la adjudicación a favor de la empresa KZEMOS TECHNOLOGIES, SLU por haber sido realizada en fraude de ley.

Como se ha avanzado en los antecedentes, la empresa KZEMOS TECHNOLOGIES S.L.U. ofreció después de la fase de negociación, una oferta económica por importe de 0 euros.

Ello comporta que la aplicación del criterio de adjudicación que valora la oferta económica y la fórmula prevista para ello no pueda aplicarse, por cuanto no permite obtener una puntuación de su oferta (no puede dividirse “0” entre “0”. Es decir, la fórmula no puede aplicarse, da error o un resultado indeterminado, que no existe en matemáticas. Asimismo, también impide a los otros licitadores obtener puntuación por este criterio de la oferta económica (ya que cualquier “0” dividido por cualquier importe es igual a “0”, lo que deriva en un resultado desproporcionado).



Tras la exposición de la fórmula de valoración de la oferta económica, la defensa de la impugnante advierte cuanto sigue:

“Por tanto, en primer lugar, se observa que no correspondía, es totalmente imposible, otorgar a la oferta de KZEMOS TECHNOLOGIES S.L.U. 20 puntos. La aplicación de la fórmula no lo permite. Por lo tanto, procedía su exclusión por ofrecer un valor no permitido, que impide su valoración y que, además, también impide otorgar puntuación al resto de las ofertas (en este caso, a la de mi representada).

En segundo lugar, y en relación con las ofertas a precio 0, aunque la jurisprudencia comunitaria entiende que una oferta con precio 0 o cerca de 0 se considere en sí misma inaceptable (STJUE de 10 de setiembre de 2020), nuestros Tribunales de contratos sí han confirmado que resultará inadmisibles si se ha efectuado en fraude de ley”.

Con la cita de varias Resoluciones de este Tribunal y de otros homónimos, el escrito de formalización del recurso insiste en que la oferta económica de 0 euros de la adjudicataria es un fraude de ley no permitido por los Tribunales y de esta guisa mantiene que:

“Así pues, es claro que el precio del contrato estaba conformado por dos aspectos con los que el contratista se retribuiría, dos aspectos diferenciados en los criterios de adjudicación y con asignación de puntuación: uno la oferta económica por la prestación integral del servicio de venta de entradas (20 puntos), y otro por la comisión de gestión que ofreciese cobrar (10 puntos). Así pues, ofrecer un precio “0” en uno de ellos, distorsionando la aplicación del criterio de la oferta económica y hacer inviable la aplicación de la fórmula para los restantes licitadores condenándoles a obtener 0 puntos por dicho criterio, es claramente una oferta en fraude de ley.

A mayor abundamiento, mediante el acta de la mesa de contratación 24/2023, de 22 de junio, la empresa KZEMOS TECHNOLOGIES S.L.U. tuvo conocimiento del importe ofrecido inicialmente por las otras empresas, y, respecto de mi representada, pudo saber que su oferta inicial era superior en los dos conceptos, según se desprende de dicha acta (el subrayado en amarillo es nuestro):

(...).



Por ello, en la segunda oferta después de la fase de negociación, optó por ofrecer un precio “0” (bajó de 120.000 euros a “0” euros), así como también mejoró 0,36 céntimos su oferta respecto de la comisión de gestión, ofreciendo justo un céntimo menos de lo indicado por mi representada.

Así las cosas, es claro que la empresa adjudicataria mejoró las condiciones económicas de su oferta en fraude de ley, para obtener la máxima puntuación en los criterios económicos distorsionando el valor real de la prestación, e impidiendo la aplicación de los mismos a los otros licitadores. En consecuencia, procedía la exclusión de la empresa KZEMOS TECHNOLOGIES S.L.U. del procedimiento por haber realizado una oferta inaceptable, motivo por el cual procede la estimación del presente recurso especial en materia de contratación por este motivo”.

4. Exclusión de la oferta de la adjudicataria KZEMOS por incumplimiento de los criterios de solvencia exigidos en los pliegos.

En este motivo, la recurrente expresa que, la empresa adjudicataria KZEMOS TECHNOLOGIES S.L.U. no cumpliría con los criterios de solvencia técnica o profesional establecidos en el PCAP. Dichos criterios se encuentran previstos en el apartado I.2 del cuadro anexo expediente 202350NSP159:

(...).

Pues bien, analizados los certificados aportados por la adjudicataria con el fin de acreditar la solvencia técnica exigida en el cuadro de características, la recurrente afirma que:

“Pues bien, de lo anterior solamente puede concluirse que el servicio que se pretende acreditar como solvencia técnica no sería de la misma naturaleza que la del presente contrato, dado que el certificado no da detalle alguno del tipo de eventos, de su naturaleza ni de la duración de los mismos, no teniendo nada que ver con el tipo de servicios objeto del contrato que nos ocupa.

Además, la finalidad de la empresa no es la de gestionar recintos de naturaleza turística o cultural como son los que comprenden en objeto del contrato licitado por Patrimonio Nacional, no siendo válido el certificado aportado”.

Por todo ello, se insiste en el recurso que la adjudicataria debió ser excluida sin más, ante la falta de acreditación de la solvencia técnica o profesional exigida en el cuadro de características anejo al PCAP.

En fin, solicita la estimación del recurso para que con anulación de la adjudicación y exclusión de la oferta de KZEMOS se ordene la retroacción de la licitación al momento de la adjudicación del contrato a favor de la recurrente, TIQUITEO SPAIN, S.L.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación, en el informe expedido por la Gerente del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional viene a oponerse a las pretensiones anulatorias de la recurrente, analizando la legalidad de las actuaciones realizadas por la mesa de contratación, y en particular, se opone a las alegaciones de la recurrente con los siguientes contra-argumentos.

1. Sobre la improcedencia del procedimiento negociado sin publicidad y sobre la inexistencia de negociación. En contra de tales vicios de nulidad, desde la Gerencia del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional se matiza que los pliegos no fueron impugnados y que ahora ya gozan del carácter de firmes y consentidos, debiendo ser en ese momento procedimental, el de la impugnación de los pliegos, donde debió hacerse valer tal motivo de oposición. De esta forma, el informe del órgano de contratación expone que:

“(...) cabe informar, con carácter previo, que ninguna de las empresas que presentaron oferta, tampoco la recurrente, formularon ninguna pregunta durante el plazo de presentación de ofertas sobre la utilización de este tipo de procedimiento, ni sobre el desarrollo de la licitación, ni sobre la negociación propiamente dicha, ni sobre la valoración de ofertas. Tampoco presentaron reclamación, impugnación o queja sobre la configuración de este procedimiento, tal cual está definido en el PCAP que la regula. Esta circunstancia evidencia que la regulación del procedimiento contenida en los pliegos fue aceptada, sin duda, de manera expresa y en su integridad por las empresas que presentaron ofertas, incluida la recurrente, como así se hacía constar por cada una de ellas en el anexo III, presentación de oferta económica, que presentaron, también la recurrente, junto con el resto de documentación exigida.

(...).



Por si no se entendiera así, este órgano de contratación considera que en este caso concurren las circunstancias de interés público que justifican la utilización del procedimiento negociado, sin recurrir a una licitación de otro tipo. La explicación de las razones por las que decidió tal medida queda suficientemente expuesta en la nota adicional que acompaña este informe por lo que a ella se remite.

La salvaguarda de ese interés público que supone el mantenimiento del servicio de reserva y venta de entradas, tras comprobar las irregularidades en la gestión del contrato vigente por la empresa adjudicataria, llevó a este órgano de contratación, con informe favorable de la Abogacía del Estado, a entender aplicable el supuesto previsto en el artículo 168 b).1 de la LCSP. Un interés público que igualmente determinó que, por parte de este órgano de contratación, se hayan puesto dichas irregularidades en conocimiento de la Fiscalía de Madrid, así como del Tribunal de Cuentas”.

También se opone a la otra irregularidad esgrimida por la recurrente sobre la inexistencia de una fase de negociación y con cita literal de lo previsto en el cuadro de características subraya que:

“Como se ha expuesto al principio de esta nota no hubo ni pregunta, ni consulta ni, por supuesto, impugnación de ninguna licitante, tampoco de la recurrente, sobre el procedimiento definido en el PCAP con respecto a la negociación. Tal como el expediente acredita, este órgano de contratación siguió la tramitación del expediente según lo establecido en el pliego, dentro de la flexibilidad que caracteriza este tipo de procedimiento, basada no en la forma presencial sino por escrito, ya que la ley no impide que el pliego opte por ese soporte de relación, salvaguardando en todo caso la trazabilidad de la gestión y sobre todo los principios de igualdad y de transparencia para las empresas licitantes.

La negociación no es más que un proceso de comunicación entre partes que permite modificar, o no, una propuesta inicial y en eso ha consistido la gestión de esta fase del procedimiento, evitando el órgano de contratación cualquier intervención que pudiera lesionar esos principios de igualdad y transparencia, dejando, como requiere el PCAP, a decisión de las licitantes los términos de la modificación de la oferta que, en su caso, presentarían”.

2. Sobre los criterios para la determinación de ofertas anormalmente bajas. En contra de lo expresado por la recurrente, el informe del órgano de contratación matiza que no existe tal vicio de nulidad en los pliegos (que no han sido impugnados) y aclara que:

“Sobre este punto es importante señalar que la retribución del servicio que es objeto de licitación se realiza por dos vías, de acuerdo con lo fijado en el PPT:

- Parte fija, según el apartado 8 del PPT, dividida en facturas mensuales, que el adjudicatario facturará al CAPN dentro de los 5 primeros días de cada mes, junto con el importe que corresponda por la devolución de entradas;

- Parte variable, según el apartado 3.1.f) del PPT, consistente en el cobro de una comisión en concepto de gastos de gestión por cada una de las entradas vendidas mediante sistema electrónico, excluidas las entradas gratuitas. Dicha comisión se repercutirá a la persona que adquiere la entrada.

En este modelo de retribución establecer un criterio para identificar la oferta anormalmente baja referida a la parte fija pierde efectividad, toda vez que podría ser posible mantener la viabilidad del servicio solo con la parte variable, como lo demuestra el contrato adjudicado en 2018, que solo prevé una parte variable como retribución, siguiendo el modelo que emplean también otras instituciones de carácter museístico. Una parte variable, cuyo mayor o menor importe es incierto, ya que dependerá del número de entradas vendidas por medios electrónicos, dato que no se puede asegurar y sobre esa incerteza no es posible basar una previsión de oferta económica anormalmente baja. Que, en el marco del PCAP, una decidiera reducir su oferta económica más (100%) y otra menos (50%) es cuestión que corresponde a decisiones empresariales y de expectativa de ingresos.

3. Sobre la oferta económica 0 euros y fraude de ley. La esencia del recurso se funda en la necesaria exclusión de la oferta económica hecha por la adjudicataria, pues tal y como advierte la recurrente, KZEMOS ha realizado su oferta económica en fraude de ley, pues no permite la aplicación de la fórmula prevista para la valoración de la oferta económica, que no admite precios 0, motivo por el cual procede su exclusión del procedimiento de licitación.

Se opone a esta tesis el informe del órgano de contratación al argumentar que:

“Acerca de esta alegación de la recurrente, es necesario insistir en la especialidad de este servicio y, sobre todo, de la retribución que se prevé para el mismo en el PCAP. En efecto, la prestación del servicio no se retribuye, como se ha expuesto en el apartado anterior, exclusivamente a través del pago de un precio por parte del órgano de contratación, sino que, junto a ella, se prevé una retribución, a través del cobro de una comisión de gestión por la venta de entradas por medios electrónicos, que se repercutirá a las personas que adquieran esas entradas. Es importante tener presente este dato porque una oferta de 0 euros en esta licitación no tiene el mismo efecto que pudiera tener en los casos a los que se refieren las referencias que la recurrente menciona en su escrito, basados en el modelo general de servicio que se presta por una empresa, en contraprestación de un precio que abona la entidad contratante. No es este el caso.

En coherencia con ello, el pliego dejaba margen a las empresas licitantes para definir su oferta económica, dejando claro que:

“La oferta más favorable desde el punto de vista económico (el valor más bajo) recibirá 20 puntos y se valorará conforme a las siguientes fórmulas:

$$\frac{\text{Oferta más económica} \times 20 \text{ puntos}}{\text{Oferta a valorar}}$$

La asignación de los 20 puntos a la oferta presentada por la empresa Kzemos Technologies SLU era consecuencia directa de su carácter más favorable para la administración desde el punto de vista económico; “el valor más bajo”, como señala expresamente el PCAP. Al ofertar 0 euros resultaba evidente su mejor comparación con la presentada por la recurrente. Y ello no pone en cuestión el carácter oneroso del contrato, toda vez que el servicio no se prestará de manera gratuita, sino que se retribuirá mediante la comisión de gestión, también prevista en el PCAP; una comisión de gestión, en el que la recurrente quedó un céntimo por encima de la que ofertó la empresa Kzemos Technologies SLU”.

Y continúa:

“El expediente tramitado acredita que la mesa de contratación solicitó en fecha 29 de junio a la empresa ofertante ratificación de su oferta económica, con el objetivo de disipar cualquier posible duda. La oferta económica de 0 euros fue confirmada por la empresa y en una

posterior reunión de la mesa de contratación se acordó la propuesta de adjudicación a su favor por ser la más favorable para la administración no solo en la parte económica sino también en la técnica.

Por lo expuesto, este órgano de contratación se reafirma en la admisibilidad de la oferta económica que resultó adjudicataria y rechaza las alegaciones de la recurrente”.

4. Sobre la falta de acreditación de la solvencia técnica por parte de la adjudicataria. El informe del órgano de contratación defiende la correcta acreditación de la solvencia técnica de la adjudicataria y en oposición a lo expuesto por la recurrente, aclara que:

“Finalmente, la recurrente cuestiona la solvencia técnica acreditada mediante el certificado que presentó la empresa Kzemos Technologies SLU. Sobre este punto, el PCAP requería para acreditar dicha solvencia:

“Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente”.

Con base en ello este órgano de contratación aceptó el certificado presentado por la citada empresa, ya que cumplía los requisitos exigidos en el pliego, tanto por el período en que se realizaba dicho servicio (dentro de los últimos tres años, lo que incluye también el primer semestre del año en curso), como por la naturaleza de este. Así, se comprobó que, en su literalidad, los servicios descritos eran de naturaleza “similar” a los que son objeto de la licitación y su importe superaba el umbral fijado en el PCAP.

En cuanto a formato del certificado, el PCAP no requiere el cumplimiento de unos requisitos de forma específicos, incluso admite sustituirlo mediante “una declaración del empresario”. Por tanto, la certificación presentada cumple, a juicio de este órgano de contratación, lo

exigido en el PCAP y del contenido de este son únicamente responsables quienes lo firman y lo aportan a la licitación.

En conclusión, también en este punto, este órgano de contratación entiende carente de fundamento la alegación de la recurrente”.

En conclusión, el órgano de contratación suplica la desestimación del recurso especial y, por ende, la confirmación de la legalidad del acuerdo de adjudicación del contrato a favor de KZEMOS TECHNOLOGIES, S.L.U.

Séptimo. Las dos primeras causas de anulación esgrimidas por la recurrente, relacionadas con la improcedencia del procedimiento negociado sin publicidad unida a la falta de negociación, así como, la ausencia en los pliegos de la fórmula que permita detectar ofertas anormalmente bajas, implican una impugnación indirecta de los pliegos hecha de forma extemporánea, pues los mismos gozan ya del carácter de firmes y consentidos amén de su sometimiento por la licitadora recurrente desde el momento en que formalizó su proposición.

Sobre la impugnación indirecta de los pliegos, nos remitimos a lo dicho en la Resolución nº 540/2022 de 13 de mayo, dictada por este Tribunal en el Recurso nº 378/2022 - C.A. Región de Murcia 42/2022, en el que señalamos que:

“Nos hallamos ante una impugnación extemporánea por la recurrente de los pliegos rectores de la licitación, pliegos que tienen la consideración de acto consentido y firme. A este respecto, debe recordarse lo establecido en el artículo 139.1 de la LCSP: «Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea».

Asimismo, debe tenerse en cuenta la doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de impugnar los pliegos con ocasión del recurso interpuesto contra el acuerdo de adjudicación cuando aquellos no se impugnaron en el momento oportuno previsto en el artículo 50.1 b) de



la LCSP («El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante»). Estas cuestiones se analizan, entre otras, en la Resolución 294/2019, en la que dijimos que: «Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieran firmeza. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 y otras resoluciones de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía. Este criterio se mantiene en la resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace «inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación».



En este mismo sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 398, de 22 de marzo de 2021, señaló: «1º Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 8158), apelación 1298/1992). 2º Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa. 3º En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre (RJ 2018, 5365), de esta Sección, recurso de casación 4753/2017). 4º A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad".

En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas.

Aparte de las causas de impugnación indirecta deducibles de tal sentencia eVigilo, a estos efectos se plantea cuál es el alcance de las irregularidades que afectan a los principios de la contratación pública del artículo 18 de la Directiva 2014/24, si la causa de la ilicitud de los pliegos -la ausencia de criterios de valoración de las ofertas- debe integrarse en los motivos de nulidad del artículo 47.1 o si cabe su extensión a cualquier otra infracción conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015 (RCL 2015, 1477). Esta Sala entiende que debe integrarse con



los motivos de nulidad de pleno Derecho por las siguientes razones: 1ª. Se trata de compaginar una excepción a la regla general de que los pliegos firmes y consentidos son inatacables por las razones expuestas en el anterior punto 3 de este Fundamento de Derecho.

Por tanto, tal posibilidad de impugnación indirecta debe apreciarse restrictiva y excepcionalmente. 2ª. Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo — como referencia—, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio (RJ 2019, 2687) , de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017). 3ª. Esa referencia a los casos de nulidad de pleno Derecho se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP 2017 que prevé lo siguiente: "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho". 5º. Por razón de lo expuesto y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA (RCL 1998, 1741), a la cuestión que presenta interés casacional objetivo se responde que cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva».

La doctrina anterior nos permite descartar las alegaciones realizadas por la recurrente en lo referido a la ausencia de criterios para la identificación de las ofertas que se presumen inviables por haber sido formuladas en términos que las hacen anormalmente bajas. Tal ausencia no encaja en ninguno de los supuestos de nulidad contemplados en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP en adelante), por lo que constituiría, hipotéticamente, un motivo de anulabilidad, sobre el que, por lo dicho hasta ahora, el Tribunal no puede pronunciarse.

Diferente conclusión, al menos en cuando a su admisibilidad inicial como motivo de nulidad, cabe alcanzar en relación con la elección del procedimiento de adjudicación y la ausencia de

negociación que el recurrente imputa al PCAP. En cuanto al primero de los motivos enunciados, resulta obvio que la elección del procedimiento negociado sin publicidad sin que concurren las circunstancias del artículo 168 de la LCSP se incardinaría en el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 47.1.e de la LPACAP. La misma conclusión, paradójicamente por motivos opuestos a los anteriores, cabría obtener de la omisión de la negociación en el procedimiento negociado sin publicidad. Como señaló el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 48/09, de 1 de febrero de 2010, “Si en el pliego y, en su caso, en el anuncio no se fija cual será el objeto de la negociación o como señala el artículo 160, los aspectos técnicos y económicos del contrato, se deja sin cumplir el elemento caracterizador del procedimiento y en consecuencia estaremos ante un supuesto claro de aplicación del procedimiento abierto o del procedimiento restringido”.

Admitido, en principio, que es preciso analizar la concurrencia del motivo de nulidad contemplado en el artículo 47.1.e) de la LPACAP, es preciso delimitar el alcance de esta comprobación, que se ciñe a, en primer lugar, considerar si se dan las circunstancias de *“imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo”* que fundamentan la opción por el procedimiento negociado sin publicidad en el caso que nos ocupa, y, en segundo lugar, si el PCAP contempla la negociación que define al referido procedimiento de adjudicación.

En lo referido a la primera de las cuestiones planteadas, esto es, si concurre la imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, consta en el expediente bajo la denominación de “documentación de inicio del expediente (documento nº 6) en el que se explican las circunstancias del contrato actualmente vigente y las razones que determinaron la elección del procedimiento negociado sin publicidad.

En síntesis, el órgano de contratación manifiesta que el contrato vigente se encuentra en su primera prórroga de las dos previstas en el contrato. Desde el mes de enero de 2023 ha advertido incumplimientos del contrato (señaladamente, retrasos en los informes quincenales de venta de entradas e ingreso de los importes correspondientes). Tras diversos requerimientos, el 28 de febrero se reúne el Director Financiero de la Entidad contratante con el responsable del contratista. En la reunión se acredita, porque así lo manifiesta el contratista, que los incumplimientos se han debido a su situación de iliquidez. Tras la reunión, manifiesta

el órgano de contratación que se requirió nuevamente al contratista el cumplimiento del contrato. El 10 de marzo de 2023 se requiere al contratista el inmediato ingreso de las cantidades debidas (2.137.788,08 euros, según el órgano de contratación). El 28 de marzo se modifica el contrato para que los ingresos derivados de la venta de entradas se ingresen en cuentas restringidas. En definitiva, sigue diciendo el órgano de contratación, dado que la prórroga del contrato finalizaba el 25 de agosto, procedía tramitar la licitación con la mayor brevedad posible, en tanto el sistema de venta de entradas es esencial para el funcionamiento del régimen de visitas a los espacios abiertos al público.

Las explicaciones ofrecidas por el órgano de contratación justifican, a juicio del Tribunal, la concurrencia de una imperiosa urgencia no provocada por el órgano de contratación. En efectos, según se deduce de la documentación de inicio del expediente la entidad contratante ha advertido graves incumplimientos del contratista actual que aconsejan no acordar una segunda prórroga. Las fechas en las que tales incumplimientos han sido advertidas, y la necesidad de que exista continuidad en la prestación del servicio, hacen que resulte plenamente justificada la opción por un procedimiento como el negociado sin publicidad. Ítem más, la situación de iliquidez invocada por la contratista, se ha mantenido meses después sin solucionarse, lo que evidencia un riesgo cierto de insolvencia actual, lo cual no es solo el anuncio de una causa de resolución del contrato sino un riesgo cierto de cese de facto unilateral de la prestación del servicio por parte del contratista.

La elección, por otro lado, y según se deduce del número de empresas invitadas a presentar proposición, no ha restringido indebidamente la concurrencia. No concurre, por lo expuesto, la causa de nulidad invocada por el recurrente.

En lo referido a la ausencia de un procedimiento de negociación contemplado en el PCAP, la propia lectura de sus cláusulas desmiente las alegaciones del recurrente. La cláusula 13 del PCAP establece:

“El órgano de contratación en aplicación de lo establecido en el número 3 del artículo 169 de la LCSP podrá articular el procedimiento de negociación en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el Apartado O del cuadro anexo, indicándose en el Apartado M del cuadro anexo si se va a hacer uso de esta facultad, así como el umbral mínimo de puntuación para continuar en el proceso selectivo, con la limitación

que se señala en el penúltimo párrafo del número 3 del artículo 146 de la LCSP. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

El órgano de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos dependientes, negociará con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por éstos, excepto las ofertas definitivas a que se refiere el apartado número 8 del artículo 169 de la LCSP, que estos hayan presentado para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el presente pliego y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 145 de la LCSP.

El procedimiento de negociación se desarrollará del siguiente modo:

A) Cuando solamente existan criterios evaluables de forma automática:

En este supuesto la negociación se realizará mediante comunicación por escrito a cada licitador, en el que se solicitará la propuesta de mejoras en estos criterios. A cada licitador le serán comunicados los valores contenidos en las ofertas realizadas por los restantes, sin indicar la identidad del correspondiente licitador.

El órgano de contratación o la Mesa de Contratación, según proceda, levantará acta del resultado de la negociación. Asimismo, el resultado de la negociación con cada licitador será comunicado a los restantes.

B) Cuando existan criterios no evaluables de forma automática:

En este supuesto el procedimiento de negociación será el establecido en el Apartado O.2 del cuadro anexo. Del resultado de la negociación con cada licitador se levantará acta que será firmada por todos los participantes en la misma. Asimismo, el resultado de la negociación con cada licitador será comunicado a los restantes.

Cuando la negociación no hubiere dado resultado, se levantará igualmente acta.



Las mencionadas actas pasan a formar parte del expediente y, en su momento, tendrán carácter contractual.

No serán objeto de negociación los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni los criterios de adjudicación.

En el supuesto a que se refiere el artículo 168 de la LCSP, cuando únicamente participe un candidato, el órgano de contratación o la Mesa de Contratación, según proceda, siempre y cuando sea posible, deberá negociar con él en los términos que se señalan en el número 5 del artículo 169 de la LCSP.

Durante la negociación, las mesas de contratación y los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

Los órganos de contratación informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas, de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no afecte a los requisitos mínimos de la prestación señalados en el PPT a que se refiere el artículo 166 de la LCSP, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada.

Por su parte, el apartado 02 del Cuadro Anexo al PCAP dice: “CRITERIOS CUALITATIVOS CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR NO SOMETIDOS A NEGOCIACIÓN – SOBRE/ARCHIVO “2”, e incluye una casilla con el título SI marcada.

De lo dicho hasta el momento se infiere que el PCAP prevé el procedimiento de negociación y que se ha observado el referido procedimiento (no se han negociado los criterios evaluables mediante juicio de valor y el procedimiento observado para los juicios evaluables mediante fórmula se ha observado, según se puede deducir del expediente.

No se aprecia, por lo tanto, que exista un supuesto de nulidad en este caso, por lo que, como en la alegación anterior, procede su inadmisión.

Octavo. La esencia del recurso se centra en la discusión sobre la admisión o no de la contra oferta hecha por la adjudicataria y subsidiariamente, sobre su falta de solvencia técnica pues



ambas han de conducir a la exclusión de la misma; de tal suerte que, instrumentadas de forma subsidiaria por la recurrente, la exclusión de la oferta o impediría la continuación del procedimiento, esto es, hubiera implicado la exclusión de la oferta y por ende, no entrar en el análisis de los requisitos del artículo 150.2 de la LCSP, donde destaca el análisis de la acreditación de las solvencias, pues en la fase de documentación administrativa bastó con las declaraciones normalizadas del DEUC.

Con el fin de centrar la discusión, hemos de partir de qué criterios de adjudicación son susceptibles de negociación conforme a lo querido en el cuadro de características anejo al PCAP, y así hemos de traer a colación:

- “Apartado O.3.- CRITERIOS OBJETIVOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA MEDIANTE FÓRMULAS QUE SERÁN SOMETIDOS A NEGOCIACIÓN – SOBRE “3”

PUNTOS DEL APARTADO: Hasta un máximo de 51 puntos.

SE NEGOCIARÁN EN ESTE APARTADO LOS SIGUIENTES CRITERIOS:

O.3.1. Criterios técnicos evaluables mediante fórmulas: Hasta un máximo de 31 puntos.

1. NÚMERO DE EQUIPOS ADICIONALES (9 puntos).

Se valorará la ampliación del número de máquinas expendedoras sobre el mínimo requerido:

- 1 punto por terminal adicional hasta un máximo de 6 puntos.

Se valorará la ampliación de equipos de taquillas disponibles para incidencias:

- 0,5 puntos por cada equipo adicional hasta un máximo de 2 puntos.

Se valorará la ampliación de elementos de control de acceso:

- 0,25 puntos por cada elemento hasta un máximo de 1 punto.

2. CENTRO DE ATENCIÓN TELEFÓNICA (6 puntos).



Se valorará el incremento del horario de atención telefónica personalizada mediante operador sobre el mínimo indicado en el PPT del siguiente modo:

- Horario de atención telefónica de 09:00 a 20:00: 1 punto.*
- Horario de atención telefónica de 08:00 a 24:00: 2 puntos.*
- Horario de atención telefónica de 24 horas al día sin interrupción: 3 puntos.*

Asimismo, se valorará el incremento de idiomas de atención telefónica sobre el mínimo exigido en los pliegos del modo que sigue:

- 1 idioma extra: 0,5 puntos.*
- 2 idiomas extra: 1 punto.*
- 3 idiomas extra: 2 puntos.*
- 4 idiomas extra: 3 puntos.*

Los idiomas ofertados serán a elegir de entre los siguientes idiomas (si se ofrecen idiomas distintos de estos no se otorgará puntuación alguna por los mismos): francés, alemán, italiano, portugués y chino.

3. JORNADAS DE TRABAJO DE APOYO PRESENCIAL (6 puntos).

Se valorará el número de jornadas de trabajo de apoyo presencial del personal de la empresa licitadora en las taquillas y puntos de acceso en el museo que lo requiera:

- 0,2 puntos por jornada de trabajo, entendida como el horario de atención al público o evento, hasta un máximo de 6 puntos.*

4. COMISIÓN DE GESTIÓN (10 puntos).

Comisión máxima por la gestión de las entradas no gratuitas adquiridas mediante pago electrónico, con un máximo de 1 euro, de conformidad con lo previsto en el apartado 3.1.F) del PPT:



Oferta más económica x 10 puntos

Oferta a valorar

O.3.2. Oferta económica: 20 PUNTOS.

La oferta más favorable desde el punto de vista económico (el valor más bajo) recibirá 20 puntos y se valorará conforme a las siguientes fórmulas:

Oferta más económica x 20 puntos

Oferta a valorar

O.4.- VALORACIÓN GLOBAL DE LA OFERTA: La puntuación total se redondeará al segundo decimal y deberá ser menor o igual a 100 puntos.

PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN:

Una vez abiertas las proposiciones de los invitados se negociará los aspectos técnicos y económicos señalados en el punto O.3) anterior. Se invitará a las empresas a presentar una nueva oferta que mejore las condiciones de las que se hubiere formulado con anterioridad. A tal efecto, a través de la plataforma de contratación del sector público (PLACSP), se informará al licitador que se concede un plazo de 3 días hábiles para que, si lo consideran pertinente, presenten nuevas ofertas económicas y técnicas, en su caso, que deberán hacer llegar a través de la PLACSP.

Transcurrido el plazo indicado, si no se hubiera recibido respuesta de alguno de los licitadores se considerará que mantienen las mismas condiciones de su oferta primitiva”.

Pues bien, la negociación se permite sobre cualquiera de los criterios objetivos señalados en el apartado O.3 del cuadro de características, entre ellos, la oferta económica con un peso de 20 puntos en la evaluación global de los criterios de adjudicación y con una fórmula matemática para la obtención de la puntuación.

Ahora hemos de valorar el impacto que provoca en la fase de negociación la formalización de una contra oferta por parte de KZEMOS de 0 euros, lo cual, implica que solo cobrará las comisiones de gestión, pues sobre este resultado achaca la recurrente, TIQUETEO que se



admite un fraude de ley en la licitación contrarios a todos los principios esenciales de este procedimiento de concurrencia competitiva.

Efectivamente la exigencia de onerosidad de las Directivas de contratación no habilita para rechazar, sin más, la oferta de un licitador por el hecho de que el importe económico de su oferta sea de cero euros.

En este sentido la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2020, dictada en el asunto C-367/19 (STJUE 10/09/2020, Tax-FinLex, C-367/19. ECLI: EU:C: 2020:685) indica:

*“(...) En primer término, que la onerosidad a la que se refiere la Directiva de contratos públicos no determina la necesidad de rechazar la oferta que presente un licitador por el simple hecho de que el importe económico de su oferta sea de "cero" euros. Esto es, por el hecho de que plantee realizar el objeto del contrato a cambio de nada. Lo que procede en tal supuesto es analizar la oferta desde la óptica de las ofertas anormalmente bajas (OAB)". En principio sería admisible que los licitadores voluntariamente puedan ofertar realizar alguna de las prestaciones o asumir alguno de los elementos a cuyo coste se refieren los precios definidos en los pliegos a coste o a cambio de un valor simbólico. **siempre que, en el global del contrato, en la suma de todos los precios unitarios ofertados el ente contratante pague un precio real.** Puede entenderse que responde a la estrategia empresarial la forma en que el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios, compensando unos con otros, sin que ello afecte a la onerosidad del contrato. Salvo que los pliegos impidan esta posibilidad, esta opción es admisible, pues que conste algún precio a cero euros no convierte al contrato en gratuito. **Únicamente sería inadmisibile cuando se hace en fraude de ley**, cuanto lo que se busca proponiendo un precio cero o simbólico para esa prestación es desvirtuar la aplicación de la fórmula prevista en el pliego para evaluar las ofertas, en cuanto afectaría a la aplicación progresiva de la fórmula establecida para evaluar las ofertas, pues quien oferta un precio cero o simbólico por esa prestación obtiene la puntuación máxima en ese epígrafe y consigue que los demás licitadores obtengan cero puntos o valores próximos a cero puntos. Su verdadera finalidad es impedir que el resto de los licitadores obtengan la puntuación proporcional de su oferta al hacer inoperante la fórmula de valoración para el resto de las ofertas”.*

La jurisprudencia y la doctrina han considerado que las ofertas con precio cero en algún apartado son admisibles y no determinan la falta de onerosidad del contrato, si la retribución

del contratista por aquel apartado se compensa con cargo al precio general del contrato (en este Resoluciones 1187/2017 o 184/2020 del TACRC, entre otros).

Pues bien, los Tribunales de Justicia, sobre la base de la jurisprudencia del TJUE dictada en los asuntos C-451/08 y 451/2020, también admiten un concepto amplio de onerosidad, que se centra más en el beneficio directo que obtiene el poder adjudicador (la STSJC de 27 de septiembre de 2019 o la STSJM de 4 de julio de 2019).

Se admite que las ofertas con valor cero se equiparen a ofertas de 0,01 euros o equivalentes, para la aplicación de la fórmula y su valoración (Resoluciones 482/2016 y 686/2015 del TACRC).

La admisibilidad de las ofertas con valor cero se exceptúa cuando los pliegos prevén expresamente su exclusión, o la exclusión de ofertas que no incluyan determinados costes obligatorios (STSJPV de 28 de noviembre de 2018). Se ha admitido la oferta cero en relación con un tipo determinado de horas de limpieza en un contrato de servicios de limpieza (Acuerdo 61/2014 del TACP Andalucía), o con un determinado precio unitario de un mismo servicio (Resoluciones 1187/2018 y 661/2014 del TACRC), así como también en el precio/hora de algún integrante del equipo (Resolución 38/2018 del TACP Madrid).

Si los pliegos no prohíben realizar ofertas de precio "0" por la ejecución de alguna prestación evaluable autónomamente en los criterios de adjudicación, en principio no habría que excluirla oferta de quien la presenta en estos términos, debiendo analizarse en los términos de una "oferta anormalmente baja" como refiere la citada STSJUE 10/9/2020, asunto C367/19.

En este punto, el de la admisión o exclusión de una oferta económica 0 € que puede implicar un fraude de ley hemos de traer a colación la Resolución de este Tribunal nº 1249/2020, de 20 de noviembre de 2020, citada en la nº 774/2022, de 23 de junio:

"La admisibilidad o no de precios cero o casi cero depende, en cada caso, de que se trate realmente de precios diferenciados de prestaciones distintas del contrato licitado o de componentes o costes de un único precio de una sola prestación objeto del contrato. En este último caso, salvo que lo prohíba el PCAP, se viene admitiendo, salvo excepción en función de las circunstancias del caso, la formulación en la oferta de uno o varios componentes o costes diferenciados de la prestación única a importe cero o casi cero, pues, en definitiva, van



*a determinar un precio único real y efectivo, y solo son costes del precio único. No ocurre lo mismo cuando el objeto del contrato licitado se integra por prestaciones distintas a cada una de las cuales, por determinación del PCAP, se ha de ofertar un precio que es objeto de valoración y asignación de puntos diferenciadas de los otros, supuestos en los que las ofertas de los distintos precios se presta a maniobras contrarias a la buena fe, concurrencia e igualdad entre licitadores en el procedimiento, **y pueden dirigirse a finalidades en fraude de ley, distorsionando el sistema de valoración de las ofertas y la correcta aplicación de los criterios objetivos dirigidos a determinar la oferta económicamente más ventajosa**, en cuanto que, en los casos de precio cero o casi cero o irrisorios, podrían valorarse las ofertas mediante el criterio mejor precio respecto de unos precios ficticios vaciados de contenido, no porque no existan costes en la ejecución de la prestación, sino porque los costes correspondientes se han trasladado a la oferta de precio de otra u otras prestaciones en la que compensa, a efectos de valoración, obtener menos puntos al ser mayor la diferencia a su favor por los que se obtienen de más indebidamente en la oferta de la prestación con precios cero o irrisorios o ficticios”.*

El objeto del contrato es el siguiente (apartado A2 del Cuadro Anexo):

“Contratación de un servicio de gestión integral para la reserva, emisión y venta de entradas a los visitantes de los Palacios y Museos del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, así como a exposiciones temporales y cualesquiera otros actos o eventos culturales e institucionales que, en su caso, este organice.

Asimismo, se incluye en el objeto del contrato la atención e información telefónica al visitante, sobre todo en lo referente a la oferta museística de Patrimonio Nacional. Por esta vía, se podrá igualmente llevar a efecto la reserva y venta de entradas.”

De la consideración del objeto del contrato se concluye, a juicio de este Tribunal, que solo está conformado por una prestación, cuyos costes son cubiertos por el precio percibido por el adjudicatario, configurado, a su vez, por un elemento fijo y uno variable (comisión ofrecida sobre entrada vendida). En definitiva, no se da en este caso la traslación de costes que la doctrina de este Tribunal exige para considerar el fraude de ley.

Por lo que procede desestimar la alegación.

Noveno. Considera, por último, el recurrente que el adjudicatario no ha acreditado convenientemente su solvencia técnica. Señala que el certificado aportado por el adjudicatario ha sido emitido por una empresa constituida en 2023, cuyo objeto no es la gestión de recintos de su naturaleza turística y que en el mismo no se da cuenta de los eventos para los que se ha prestado servicio de venta de entradas.

Hemos dicho que en la apreciación de la solvencia técnica el órgano de contratación está amparado por la discrecionalidad técnica, por lo que el análisis del Tribunal debe restringirse a comprobar que tal apreciación no incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o falta de proporcionalidad (Resolución 707/2023 de 8 de junio).

Analizado el certificado controvertido a la luz de la doctrina referida, se aprecia que los trabajos realizados por el adjudicatario son los de *“desarrollo de software de puntos de venta y gestión de la reserva, venta, emisión y venta multicanal de actos organizados o promovidos por nuestra compañía”*, actividad que se encuadra en el CPV 72212110-3 Servicios de desarrollo de software de puntos de venta, que es uno de los consignados en el apartado A-2 del Cuadro Anexo.

El referido apartado dice lo siguiente:

“Se acreditará por los siguientes medios:

Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

El importe mínimo anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado durante el año de mayor ejecución del periodo citado será del 70% del valor anual del contrato para la totalidad de las prestaciones que constituyen el objeto del mismo (100.000,00 EUROS) en

servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, para lo cual se tomará como referencia los tres.

Los certificados de buena ejecución de los servicios incluidos en la relación cuyo destinatario fue una entidad del sector público podrán ser comunicados directamente al órgano de contratación por la entidad contratante de los servicios.”

Analizado el certificado aportado por el adjudicatario, se observa que se ajusta a lo prescrito en el PCAP. En estas condiciones, las dudas expresadas por el recurrente resultan ser plenamente circunstanciales, en tanto se basan en especulaciones vinculadas a la necesidad de que la sociedad certificadora requiera una aplicación de las características de la que certifica haber encargado al adjudicatario o la capacidad de la referida sociedad para hacer frente al gasto derivado de la misma, pero en ningún caso se pone en cuestión, fundadamente, que los trabajos no hayan sido ejecutados. Siendo esta la cuestión central para apreciar o no la solvencia técnica de la adjudicataria, no cabe sino desestimar el argumento.

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. F.C.R., en representación de la mercantil TIQUETEO SPAIN, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Sistema integral de venta de entradas*”, con expediente 202350NSP159, convocado por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional.

Inadmitir el recurso formulado contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión de la adjudicación acordada por este Tribunal, de conformidad con 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 58.2 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 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES