

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 22 de marzo de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.L.L., en nombre y representación de Urkel Multimedia, S.L., (Urkel), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 3 en el procedimiento para la contratación del servicio denominado “Programación Cultural del Distrito de Ciudad Lineal 2017”, número de expediente 300/2016/01658, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 17, 24 y 27 de diciembre de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE), en el Boletín Oficial del Estado y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid el anuncio por el que se hace pública la licitación del contrato de servicios denominado “Programación cultural del Distrito de Ciudad Lineal 2017”, a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, dividido en seis lotes pudiendo licitar a todos ellos. El presupuesto base de licitación del lote 3 es de 39.500 euros. El valor estimado del contrato asciende a 1.257.851,24 euros siendo el plazo de ejecución un año prorrogable por un periodo

de igual duración.

Segundo.- El PPT en su apartado 3 sobre condiciones técnicas del servicio explica que *“Se realizarán, aproximadamente 93 emisiones en el periodo de verano anteriormente referenciado, una sesión cada día, valorándose en 1.500 euros IVA EXCLUIDO cada sesión.*

En este sentido, teniendo en cuenta que en los últimos dos años, 2014 y 2015, se han comercializado en torno a las 25.000 entradas en el mismo periodo y fechas y estimándose que para este año 2016, los ingresos podrían superar los 100.000 euros IVA EXCLUIDO, cantidad similar a la que se estima ingresar en el año 2017, el coste total de esta actividad no debería superar los 39.500 euros IVA EXCLUIDO.

Este lote se facturará una vez finalizado el servicio, a mes vencido por cada uno de los servicios efectivamente realizados”.

A la licitación concurren en total nueve empresas, de las cuales cinco presentaron oferta al lote 3, siendo identificadas como ofertas anormales o desproporcionadas dos de ellas, una la de la recurrente, que ofertan ambas la prestación del servicio a un coste de 0,00 euros para el Ayuntamiento, lo que determinó que fueran consideradas como ofertas con un valor anormal o desproporcionado al superar en más de diez unidades porcentuales la media aritmética de las bajas.

Se procedió a la tramitación del expediente contradictorio a que se refiere el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). El 24 de enero de 2017 fue requerida la justificación de la viabilidad económica y técnica de su oferta. Urkel aportó la justificación el 27 de enero de 2017, en la misma manifiesta que el Presupuesto de gastos se estima en 69.900 euros más IVA y el de ingresos es cercano a los 90.000 euros una vez descontados IVA, SGAE y posibles incidencias de climatología e imprevistos.

Con fecha 2 de febrero de 2017, se emite el correspondiente informe técnico de viabilidad de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del citado artículo, en el que se concluye que *“el licitador en su cálculo de la estructura de ingresos y gastos del contrato justifica unas cifras que finalmente reflejan saldo negativo de 9.256,68 euros, todo ello sin contar con las posibles inclemencias meteorológicas que pudieran darse; en el periodo de tres meses de actividad al aire libre, aún siendo en temporada estival, es bastante previsible que deba producirse alguna situación climatológica que obligue a suspender la actividad.*

Debo mencionar que Urkel Multimedia, S.L. hace alusión a lo que denominan “la experiencia adquirida en el mencionado trabajo” y en ese sentido expone que en años anteriores la actividad objeto de contratación determinó que la empresa adjudicataria abonase al Ayuntamiento de Madrid cánones de hasta 30.000.- euros. De una parte, referir que en años anteriores las fórmulas jurídicas de articular la realización de la actividad de cine de verano en el Auditorio del Parque del Calero fueron diversas y distintas a la del contrato de servicios, pasando desde la autorización demanial hasta la concesión de servicio público; en cualquier caso en todas ellas se contemplaba como parte del negocio jurídico la explotación de una instalación de bar (generadora de una cifra de beneficio del adjudicatario/autorizado) que en el contrato que nos ocupa no se recoge.

En consecuencia con todo lo anterior; por quien suscribe se entiende que la oferta presentada por Urkel Multimedia, S.L. no es viable y, por consiguiente, debe ser excluida de la licitación que nos ocupa”.

Tercero.- Con fecha 7 de febrero de 2017, la Mesa de contratación acordó proponer al órgano de contratación la adjudicación del lote 3 y *“Notificar a Urkel Multimedia, S.L. y Lince Comunicación, S.L. sus respectivas exclusiones del procedimiento de licitación por la inviabilidad económica de la justificación aportada respecto al precio cero euros ofertado, incurriendo en baja anormal en los términos manifestados en los informes elaborados”.* La notificación se realizó por fax el 13 de febrero de 2017.

Cuarto.- Con fecha 22 de febrero de 2017 tuvo entrada en el registro del Distrito de Ciudad Lineal el recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de exclusión alegando que *“el núcleo central de la estimación del Departamento Jurídico, basado en el Resumen de Ingresos y Gastos planteado por Urkel, contiene, a nuestro modesto juicio, un importante error aritmético: se suma el IVA en los gastos y se descuenta en los ingresos (...) por todo ello solo entendemos el balance negativo del Informe Técnico como producto de un error”*.

Con fecha 3 de marzo de 2017 se recibió el recurso, el expediente e informe preceptivo del órgano de contratación de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días.

Se han formulado alegaciones por Supernova Asistencias, S.L.U., que manifiesta que tanto en el caso de la empresa Urkel Multimedia, S.L., como en el caso de Lince Comunicación, S.L., en su detalle de costes, reflejan unas cantidades relativamente bajas en el apartado Derechos de Proyección. Señala que su empresa, que tiene convenio con todas las productoras y distribuidoras de España, tiene presupuestos para el abono de derechos de proyección de este programa, que representan el doble de las cantidades previstas por estas dos empresas, teniendo en cuenta la programación presentada por Supernova a la licitación. Considera inviable económicamente imputar unos costes tan bajos a ese concepto, ya que el gasto real es muy superior, atendiendo a que, al coste fijo por los derechos de proyección, adicionalmente, hay que sumar el porcentaje de la taquilla que se paga a las productoras como derechos de proyección -parte variable-, cantidad no reflejada como gasto en los presupuestos de las empresas anteriormente mencionadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), al haber resultado rechazada su oferta.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite cualificado, el rechazo de la oferta a un lote de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado por la Mesa de contratación el 7 de febrero de 2017, la notificación a la recurrente fue realizada el 13 y se interpuso el recurso el 22 de febrero de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El objeto del recurso se contrae a determinar si la apreciación de la viabilidad de la oferta es ajustada a derecho.

El TRLCSP, en su artículo 152.3, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de

formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato.

Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que le permitan ejecutar la prestación sin incidencias o disfunciones.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes requeridos, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económica más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas.

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. Como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando éstos parezcan anormalmente bajos para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen

satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones de licitación establecidas en los pliegos porque si así no fuera, el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación. Es necesario que por los licitadores se pueda probar la seriedad de su oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, la justificación ha de ser completa, pero no puede considerarse insuficiente por la omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. El carácter contradictorio del procedimiento de verificación permite que se soliciten precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que haya hecho albergar dudas.

El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar

adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior”* estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

La recurrente realiza la justificación del importe y viabilidad de su oferta indicando que *“dispone de equipos de proyección y, para su contratación directa, de fondo y acuerdos con todas las películas del circuito comercial, así como personal técnico y de sala, y la correspondiente infraestructura administrativa y comercial para este cometido - abarata considerablemente los costes. Por ello, con importe de taquilla de 5,50 €, en la Entrada General, y de 4 € Reducida (Día del espectador y otras promociones), se considera suficiente para cubrir los gastos generados por el mencionado servicio y el correspondiente margen empresarial de negocio”*. Sigue un presupuesto de gastos con el siguiente detalle por partidas:

PRESUPUESTO GASTOS	IMPORTE SIN IVA
1. Cabina, pantalla y servicio técnico	14.900 €
2. Personal de taquilla, puerta y sala	19.000 €
3. Películas	24.000 €
4. Promoción	6.000 €
5. Coordinación, producción y varios	6.000 €
TOTAL GASTOS s/IVA	69.900 €
IVA 21%	14.679 €
TOTAL GASTOS c/IVA	84.579 €

Calcula “unos ingresos cercanos a 90.000 euros” descontando IVA y SGAE (21% y 25% respectivamente) con un cálculo medio de 4 euros por espectador (media entre 5,5 € entrada general, 4 € la reducida) y una media de 250 espectadores por pase, lo que exactamente suponen 93.000 euros. Es decir una diferencia positiva entre gastos e ingresos de 23.100 euros.

El informe de la Unidad de Actividades Culturales, Formativas y Deportivas en el que se basa el rechazo de la oferta expone:

“El total de gastos que se desprende de ello son 69.900.- euros, a los que habría que incrementar el IVA al 21 %, el cual representa 14.679.- euros; por tanto, el total de los gastos previstos por Urkel Multimedia, S.L., IVA incluido son 84.579.- euros.

A este cálculo hay que añadir el referido a los derechos de autor que debería abonar el adjudicatario, los cuales, en virtud de las tarifas aprobadas por la Sociedad General de Autores, se corresponden con el 2% de los ingresos de taquilla previa deducción del IVA, que se cifra en el 21%. Toda vez que el licitador expone que prevé tener una media de 250 espectadores por pase y un precio medio por entrada de 4,00.- euros (según lo establecido en el estudio económico del contrato y lo que se deduce del contenido del PPT), siendo el número de pases de películas que figura en el PPT igual a 93, el importe estimado de ingresos por taquilla sería de 76.859,51.- euros (una vez descontados 16.140,49.- euros correspondientes al IVA), al cual corresponderían 1.537,19 euros de gasto en concepto de derechos de autor.

Por tanto, los gastos previstos en total ascenderían a 86.116,19 euros.

De otra parte, expone el licitador que los ingresos previstos serían cercanos a los 90.000,00.- euros, una vez descontados IVA, SGAE y posibles incidencias de climatología o imprevistos: Una vez más, según el estimado que hace el propio licitador de 250 espectadores a razón de 4 euros/entrada en 93 pases de películas, la cantidad que obtiene quien suscribe es igual a 93.000,00.- euros a los que hay que descontar el 21% del IVA (16.140,49.- euros); por tanto, los ingresos previstos, IVA excluido son 76.859,51.- euros.

En consecuencia, el licitador en su cálculo de la estructura de ingresos y gastos del contrato justifica unas cifras que finalmente reflejan un saldo negativo de 9.256,68 euros, todo ello sin contar con las posibles inclemencias climatológicas que pudieran darse en un periodo de tres meses de actividad al aire libre, aun siendo temporada estival, es bastante previsible que deba producirse alguna situación climatológica que obligue a suspender la actividad.

(...) En consecuencia con todo lo anterior, por quien suscribe se entiende que la oferta presentada por Lince comunicación no es viable y, por consiguiente, debe ser excluida de la licitación que nos ocupa”.

El Tribunal comprueba que efectivamente el cálculo del informe en el que se sustenta la propuesta de la Mesa de contratación y la decisión del órgano de contratación de rechazar la oferta de la recurrente es erróneo, al comparar los gastos con IVA y SGA que ascienden a 86.116,19 euros y los ingresos sin IVA, que ascienden a 76.859, 51 euros, por lo que el resultado es negativo en 9.256,68 euros.

Teniendo en cuenta los mismos cálculos realizados en el informe técnico e incluyendo como gastos los 1.537,19 euros correspondientes a derechos de autor, resultaría que se admiten unos ingresos de 93.000 euros (93 pases de 250 espectadores a una media de 4 euros) y unos gastos de 86.116,19 euros, en ambos casos con IVA. Resultando un saldo positivo o beneficio de 6.884 euros.

Realizando los mismos cálculos sin tener en cuenta el IVA resultan unos ingresos de 76.859,51 euros y unos gastos de 71.437,19 euros, es decir un saldo positivo de 5.422,40 euros.

Por tanto, el informe no desvirtúa las alegaciones realizadas por la empresa para justificar la viabilidad de su oferta al incurrir en error manifiesto al comparar gastos con impuestos incluidos e ingresos sin impuestos, siendo por tanto cantidades no homogéneas, y no resultando el informe racional ni razonable.

Las alegaciones realizadas por Supernova Asistencias a efectos de considerar la viabilidad o no de la justificación presentada, no desvirtúan lo anteriormente analizado pues ya fueron tenidas en cuenta en el informe técnico encargado de valorar la justificación.

Por todo ello, teniendo en cuenta las argumentaciones realizadas, se aprecia una inadecuada motivación en el rechazo de la justificación presentada por la recurrente y el recurso debe estimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso interpuesto por don M.L.L., en nombre y representación de Urkel Multimedia, S.L., contra el Acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 3 en el procedimiento para la contratación del servicio denominado “Programación Cultural del Distrito de Ciudad

Lineal 2017” número de expediente 300/2016/01658, debiendo retrotraer el expediente al momento en que debió valorarse la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, admitiendo a la recurrente y adjudicar el contrato a la que resulte más ventajosa.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.