

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

En Madrid, a 17 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Gestión Deportivas del Sur, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del Lote 2 “Cursos y talleres a impartir en los Centros Socio-Culturales ‘Rafael de León’, ‘Valle Inclán’ y ‘Alfonso XII’ y en el espacio de mayores ‘Las Tablas’” de fecha 3 de agosto de 2020, del contrato de servicios de “Organización de talleres y cursos en centros culturales y socioculturales del Distrito Fuencarral-El Pardo”, del Ayuntamiento de Madrid, dividido en 2 lotes, número de expediente: 300/2019/01530, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 de marzo de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la convocatoria de licitación del contrato mencionado, dividido en 2 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado total del contrato asciende a 1.587.830,88 euros, 650.363,56 euros para el lote impugnado, por un plazo de ejecución de quince meses y diecisiete días, prorrogable por 12 meses más.

Segundo.- A la licitación del contrato se han presentado 5 empresas, siendo admitidas al lote 2 las 3 empresas presentadas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 3 de agosto de 2020, el Ayuntamiento de Madrid adjudicó el contrato del Lote 2 a favor de Tritoma, S.L., a propuesta de la Mesa de contratación efectuada el 15 de julio de 2020.

Tercero.- Con fecha 19 de agosto de 2020, se presenta ante el Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación por la representación de Gestión Deportivas del Sur, S.L. (en adelante GEDESUR), contra el acuerdo de adjudicación a favor de Tritoma, S.L., del Lote 2 del contrato de referencia, solicitando la exclusión de la adjudicataria por considerar inviable su oferta.

Cuarto.- El 27 de agosto de 2020, se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones presentado por la representación de la adjudicataria solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la adjudicación del servicio, por no existir baja temeraria o anormal en su propuesta, sino utilización de criterios de eficiencia económica y optimización tanto de la legislación laboral y social como de las condiciones administrativas particulares.

Quinto.- El 3 de septiembre de 2020, se recibió en el Tribunal el expediente administrativo, así como el preceptivo informe a que se refiere el artículo 56.2 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

En el informe el Ayuntamiento solicita la desestimación del recurso presentado por GEDESUR, por ser suficiente el importe ofertado por la empresa adjudicataria para la cobertura de los gastos laborales establecidos en el PCAP, y, en consecuencia, mantener la adjudicación realizada y acordar el levantamiento de la suspensión que opera sobre el procedimiento, sin perjuicio de que se valore el

perjuicio ocasionado a esta JMD dado que el inicio de la prestación ya no podrá efectuarse en el plazo establecido previsto para el 1 de septiembre de 2020.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 2 se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que el lote restante se vea afectad por la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), y sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso planteado.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de GEDESUR para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora clasificada en segundo lugar en el lote 2, *“cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue publicado el 5 de agosto de 2020, e interpuesto recurso

ante este Tribunal el 19 de agosto de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto, se concreta en determinar si la oferta presentada por la adjudicataria del contrato cumple con las obligaciones laborales previstas en los pliegos y en la LCSP.

Resulta de interés a los efectos de la resolución del presente recurso lo dispuesto en el Anexo I del PCAP que regula las características del expediente del contrato de servicios impugnado, concretamente en los apartados 3, 6 y 17 del Lote 2.

“CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEL LOTE 2.

(...)

3.- Presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara. (Cláusulas 7, 8 y 45).

Tipo de presupuesto: Máximo determinado.

Presupuesto (IVA excluido): 363.996,02 euros.

IVA: 76.439,16 euros Tipo: 21 %.

Presupuesto base de licitación: 440.435,18 euros, IVA incluido.

El presupuesto base de licitación se desglosa en:

- Costes directos: 39.223,45 euros.*
- Costes indirectos: 70.321,58 euros.*
- Costes salariales: 330.890,15 euros (en base a la tabla salarial en vigor a partir del 1 de octubre de 2019, del I Convenio Colectivo de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de la Comunidad de Madrid):*
 - Experto/a en Talleres: 220.676,87 euros.*
 - Coordinador/a: 29.616,45 euros.*
 - Auxiliar Administrativo: 80.596,83 euros.*

Los gastos de personal se han calculado en base al importe salarial en cada

caso establecido en el citado Convenio, complemento de antigüedad, y restantes costes salariales y de Seguridad Social. (...)

Sistema de determinación del presupuesto: Por precios unitarios referidos a unidades de tiempo (hora de taller), conforme al artículo 309 de la LCSP.

Para el LOTE nº 2, conforme al estudio económico y sus anexos: 30,526335 euros/hora, IVA excluido (36,936865 euros/hora, IVA incluido), ascendiendo el cómputo total de horas para la ejecución del servicio a 11.924 horas, de acuerdo al siguiente desglose:

- 1.271,50 horas correspondientes al mes de junio (curso 2019-2020).*
- 10.652,50 horas correspondientes al curso 2020-2021.*

(...).

6.- Plazo de ejecución y lugar de ejecución. (Cláusulas 9, 10, 22 y 44.).

Plazo total: El plazo de ejecución del presente contrato será de quince (15) meses y diecisiete (17) días, comprendidos entre el 15 de mayo de 2020 y el 31 de agosto de 2021, ambos inclusive.

No obstante, el período comprendido entre el 15 y el 31 de mayo de 2020, si bien la parte contratista realizará actuaciones preparatorias en las aulas de los Centros y espacios en que se impartirán los cursos y talleres, no se considera período lectivo, por lo que no se facturará cantidad alguna por período.

Igualmente, durante los meses de julio, agosto y septiembre las clases no se impartirán por ser período vacacional, por lo que tampoco procederá facturación alguna durante dichos meses.

Prórroga: Sí Procede.

Duración: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la LCSP, la prórroga del plazo de ejecución del contrato en el presente Lote tendrá una duración inferior a la del primitivo, pues sólo correspondería al periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2021 al 31 de agosto de 2022, ambos inclusive.

(...).

17.- Ofertas anormalmente bajas. (Cláusula 19).

Procede: SI

De los criterios de adjudicación establecidos anteriormente, se tomarán en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser

cumplida como consecuencia de valores anormales o desproporcionados, el denominado PRECIO (oferta económica), criterio nº 2 de los valorables en cifras y porcentajes, siendo los límites para apreciar que se dan en aquella dicha circunstancia, los siguientes: De conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP se considerará, en principio, como valor anormal o desproporcionado la baja de toda oferta cuyo porcentaje exceda en diez (10) unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones admitidas en el Lote correspondiente.(...)”.

GEDESUR plantea como único motivo de recurso la inviabilidad de la oferta presentada por la empresa TRITOMA, alegando que, si se toman en consideración los costes de personal derivados de los listados de subrogación con la baja realizada en su oferta, llevaría en esta licitación a una situación de pérdidas.

La recurrente en su escrito procede a analizar en detalle la oferta presentada por la adjudicataria para los 15 meses de servicio, concretando los importes correspondientes a los costes salariales de los tres diferentes tipos de trabajadores a subrogar: coordinador, con contrato indefinido, que supondría un 16,20% de los ingresos totales previstos para esta licitación por TRITOMA; auxiliares administrativos, trabajadores fijos discontinuos, que suponen un 23,96% del importe; y experto en taller o tallerista, que representan un 58,42%. Asimismo, indica que existen otros gastos que son de repercusión directa a la misma, no pudiendo ser soportados por estructuras centrales, al ser obligaciones de gastos derivadas del contrato.

El Órgano de contratación informa que TRITOMA, adjudicataria del contrato anterior y que aporta la información relativa a la subrogación, oferta un precio total de 372.243,43 euros, tomando como base un precio/hora de taller de 25,80 euros, IVA excluido, para un total de 11.924 horas, durante el plazo de ejecución del contrato, y GEDESUR oferta 385.228,67 euros, tomando como base un precio/hora de taller de 26,70 euros, IVA excluido, para un total de 11.924 horas. Ambos licitadores han calculado sus ofertas teniendo en cuenta el convenio de aplicación y

se comprometen a las mismas mejoras. Dado que los costes salariales ascienden a 330.890,15 euros ambas ofertas cubren los costes laborales.

El Ayuntamiento indica que cada empresa ha utilizado los parámetros que ha considerado necesario para su formulación cumpliendo con la exigencia prevista en la cláusula 10.5 del PPTP *“La oferta económica deberá ser adecuada para que el contratista haga frente a todos los costes derivados de la aplicación del I Convenio Colectivo de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de la Comunidad de Madrid, Código número 28102145012018, así como los costes de subrogación que procedan”*.

Por otra parte, manifiesta que el Informe técnico de valoración de las ofertas indica que la baja media es del 16,47 %, por lo que ninguna de las tres ofertas presentadas a licitación estaba en baja anormal (Actividades de Educación, Cultura y Ocio oferta una baja del 21,38 %, GEDESUR 12,53 %, y TRITOMA 15,48 %). Asimismo, afirma que no se daban motivos por los que hubiera que solicitar aclaración de los términos de las ofertas presentadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 201 de la LCSP, dado que cubrían los costes laborales señalados en el PCAP y no existía baja anormal, entendiéndose que queda dentro de la autonomía empresarial el calcular los montantes de las distintas partidas así como su asunción como parte integrante del riesgo y ventura inherente a toda contratación.

También hace constar que los motivos alegados por el recurrente son meras hipótesis. Además, observa que, dado que los costes directos e indirectos son la diferencia resultante una vez cubiertos los costes laborales, y que GEDESUR imputa al adjudicatario un montante por gastos directos e indirectos de 11.660 euros, aplica al adjudicatario unos costes que su oferta no soporta, toda vez que el precio hora ofertado por la recurrente es mayor que el de TRITOMA, y que la diferencia de precio entre las plicas presentadas por ambas empresas asciende a 10.731,6 euros impuestos excluidos. Por tanto, ya no se trata de si son ajustados o no los cálculos de GEDESUR, sino que resulta contrario a la buena fe imputar a un tercero un coste que el propio no contempla en su propia oferta.

En definitiva, el Órgano de contratación alega, por un lado, que el importe ofrecido por la empresa adjudicataria es suficiente para la cobertura de los gastos laborales establecidos en el PCAP, entendiéndose que el resto de parámetros utilizados para cuantificar la oferta se deben integrar dentro del riesgo y ventura, y que la oferta se cumplirá en sus justos términos asumiendo, en su caso, el adjudicatario las posibles pérdidas. De otro lado, manifiesta que la actuación de la JMD es ajustada a Derecho, y que el recurso carece de argumentos sólidos, imputando además al recurrente al adjudicatario un planteamiento de costes que no se aplica. Por tanto, considera coherente con la desestimación del recurso que se valore el perjuicio ocasionado a esta JMD dado que la prestación ya no podrá iniciarse en el plazo establecido previsto para el 1 de septiembre de 2020.

Por su parte TRITOMA en su escrito de alegaciones contesta a cada una de las cuestiones formuladas por GEDESUR en el escrito de interposición del recurso, manifestando además que no existe baja temeraria o anormal por lo que la adjudicación es correcta.

En este sentido, indica diferentes errores al alza en las tablas de costes laborales del personal que presta el servicio, aportadas por la recurrente, así como que hay que tener en cuenta que el pliego de condiciones permite ajustar las horas de cursos y talleres acorde a la demanda. Asimismo, señala que TRITOMA realiza con carácter general los contratos laborales con carácter indefinido o en la modalidad de fijo discontinuo, lo que supone un considerable ahorro en los costes de seguridad social por parte de la empresa, GEDESUR calcula estos costes en una media de un 33% debiendo hacerse en un 31,4 %, según las tablas de cotizaciones de Seguridad Social al tratarse de contrataciones de carácter indefinido o fijo discontinuo.

En cuanto a los cálculos de otros gastos que determina el PPTP, considera que hay una sobre estimación presupuestaria por parte de GEDESUR para justificar un margen de gestión deficitario por parte de TRITOMA, resultando del desglose del

presupuesto que adjunta un importe total de 6.552,54 euros. En definitiva, del sumatorio de todos los costes al adjudicatario le resulta un saldo positivo en la gestión de los centros culturales del Distrito Fuencarral-El Pardo, que asciende a 18.557,38 euros en gestión y beneficio industrial, que considera más que suficiente.

Este Tribunal a la vista del expediente y de las alegaciones formuladas por las partes considera que no queda acreditado que de la oferta presentada por la adjudicataria se deriven incumplimientos de las obligaciones laborales previstas en los pliegos y en la LCSP, quedando cubiertos por la proposición económica presentada los costes salariales del personal a subrogar conforme al convenio colectivo de aplicación.

Asimismo, comprueba que la oferta de la adjudicataria no está incurso en baja anormal o desproporcionada con arreglo a los parámetros establecidos en el apartado 17 del Anexo I del Lote 2 del PCAP.

Por otra parte, se ha de señalar que el Órgano de contratación en su escrito de contestación al recurso informa justificadamente que el importe ofrecido por la empresa adjudicataria es suficiente para la cobertura de los gastos laborales establecidos en el PCAP, confirmando que las ofertas presentadas por ambas empresas a la contratación del servicio (adjudicataria y recurrente) cubren los costes salariales, sin que por este Tribunal se aprecie error manifiesto, falta de motivación, arbitrariedad ni desviación de poder. Por tanto, la adjudicación del servicio por el Órgano de contratación a TRITOMA, empresa propuesta por la mesa de contratación por presentar la oferta mejor valorada con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos en el apartado 16 del Anexo I del Lote 2 del PCAP, ponderación que no ha sido impugnada por la recurrente, se estima conforme a lo dispuesto en la LCSP.

Por lo expuesto este Tribunal, considera que procede la desestimación del recurso presentado por GEDESUR al no apreciarse en la adjudicación del Lote 2 el incumplimiento alegado por la recurrente.

Sexto.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el Órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al Órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva,*

porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho". La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): "La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento".

Este Tribunal considera que el recurso se ha interpuesto con temeridad por la recurrente, puesto que, convenimos con el Órgano de contratación en que la fundamentación del recurso adolece de solidez, y argumenta contra la oferta del adjudicatario importes en algunos costes que tampoco se observan en su oferta. El que la recurrente no haya resultado adjudicataria del contrato no puede llevarla a recurrirlo sin suficiente justificación pues solo va a conllevar el retraso en la adjudicación del contrato, demorando la normal ejecución de un servicio de interés general.

Por lo expuesto, este Tribunal considera procedente imponer a GEDESUR, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP, una multa por importe

de 1.000 euros al apreciar temeridad en la interposición del presente recurso, por causar demora en la contratación así como por los costes que se derivan del recurso, pues aunque como prevé el artículo 44.7 de la citada Ley el recurso es gratuito para los recurrentes, sin embargo comporta unos costes para el Órgano de contratación en compensación por la realización de las actividades del Tribunal, como establece el artículo 3.8 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público. Se impone la citada cuantía mínima porque si bien es cierto que el recurso es temerario, y que, como afirma el Órgano de contratación, a la Junta Municipal de Distrito se le han ocasionado perjuicios con el retraso en el inicio de la ejecución del contrato sin embargo no los ha cuantificado, y del recurso no se ha derivado ningún beneficio económico para la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Gestión Deportivas del Sur, S.L., contra el acuerdo de fecha 3 de agosto de 2020, por el que se adjudica el Lote 2 “Cursos y talleres a impartir en los Centros Socio-Culturales ‘Rafael de León’, ‘Valle Inclán’ y ‘Alfonso XII’ y en el espacio de mayores ‘Las Tablas’” de fecha 3 de agosto de 2020, del contrato de servicios de “Organización de talleres y cursos en centros culturales y socioculturales del Distrito Fuencarral-El Pardo”, del Ayuntamiento de Madrid, dividido en 2 lotes, número de expediente: 300/2019/01530.

Segundo. - Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad en la interposición

del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP, en cuantía de mil euros (1.000 euros).

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del Lote 2 del contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Cuarto.- 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 59.1 de la LCSP.