

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

En Madrid, a 4 de julio de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Factoría de Arte y Desarrollo S.L.U., (en adelante Factoría) contra el acuerdo del Consejero Delegado de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio del Ayuntamiento de Madrid de fecha 22 de mayo por el que se adjudica el contrato de servicios “Dinamización cultural en espacio abierto Quinta de los Molinos” número de expediente SP23-00731 este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios publicados el día 20 de febrero de 2024, en el DOUE y en el Perfil del Contratante de la empresa pública, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 487.160 euros y su plazo de duración será de 36 meses.

A la presente licitación se han presentado 12 propuestas, entre las que se encuentra la del recurrente

**Segundo.** - Una vez alcanzado el momento procesal de conocimiento de las ofertas económicas, la mesa de contratación comprueba que la presentada por el hoy adjudicatario incurre en valores anormales.

Tras la tramitación del procedimiento establecido en el artículo 149 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 (LCSP), se considera justificada la viabilidad de la oferta y se propone su adjudicación, previa a la acreditación de la aptitud y solvencia de la empresa.

Con fecha 22 de mayo de 2024 el Consejero Delegado de la Empresa Pública Municipal que ejerce como órgano de contratación adjudica a Magmacultura el contrato que nos ocupa, siendo notificados el resto de licitadores y publicada la adjudicación en el perfil del contratante el 23 de mayo de 2024.

Interesa asimismo destacar a los efectos de resolver este recurso lo establecido en la cláusula 5 del PCAP y que textualmente dice: *“La oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente a todos los costes derivados de la aplicación del Convenio Colectivo que corresponda, sin que en ningún caso el precio/hora ofertado pueda ser inferior al precio/hora más los costes de la seguridad social”*.

**Tercero.** - El 12 de junio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Factoría en el que solicita la anulación de la adjudicación por haber presentado una oferta con uno de los precios sobre personal que no alcanza el mínimo establecido en el convenio colectivo aplicable.

El 18 de junio de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP

**Cuarto.** - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, 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, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

**Quinto.** - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Han sido presentadas alegaciones por parte de Magma cultura de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho de esta resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** MADRID DESTINO CULTURA TURISMO Y NEGOCIO S.A. es una empresa municipal del Ayuntamiento de Madrid que, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la LCSP, forma parte del sector público y tiene la consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su Consejo de Administración por una Administración Pública que es poder adjudicador como el Ayuntamiento de Madrid.

Los contratos de MADRID DESTINO tendrán carácter privado, rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en la LCSP, siendo susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de mayo de 2024, notificado al día siguiente e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 12 de junio de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del recurso se motiva en el incumplimiento de lo establecido en la cláusula 5 del PCAP cuyo contenido ha sido transcrito en los fundamentos de hecho de esta resolución.

El recurrente considera que si bien la oferta del adjudicatario ha sido convenientemente justificada en cuanto a su viabilidad, previamente debería de haberse inadmitido por incumplimiento del mencionado apartado del PCAP que exige que todos los precios sean iguales o superiores a los marcados en el convenio colectivo aplicable.

Considera asimismo que se ha producido un fraude de ley, pues el adjudicatario en su oferta opto por aportar un precio muy bajo a un grupo de profesionales y así conseguir la máxima puntuación del criterio, para luego con el segundo precio equilibrar económicamente su oferta.

Pretende, en definitiva, la aplicación de la cláusula cinco del PCAP y en consecuencia la exclusión de la oferta de Magmacultura, por incumplimiento de los preceptos establecidos en el PCAP.

El órgano de contratación basa su defensa en la viabilidad de la oferta de la adjudicataria que demuestra fundada y recorre toda su tramitación argumentando su admisión final.

Considera, asimismo invocando numerosa doctrina de los Tribunales de Contratación, que en el caso de ofertas con precios unitarios la viabilidad de esta se efectuara sobre la generalidad de toda la oferta y no solo sobre el precio que entra en situación de anormalidad.

Ninguna de las dos partes discute la viabilidad de la oferta considerada en su generalidad.

Este Tribunal considera que el motivo del recurso no está en la viabilidad de la oferta, ni siquiera en la amplia doctrina sobre la justificación de la temeridad en un precio unitario utilizando la generalidad de toda la oferta. Más bien reside en un acto anterior y que es la admisión de la oferta de Magmacultura una vez comprobado que

el precio hora del dinamizador general no alcanza el mínimo establecido en el convenio colectivo aplicable que es de 13,17 € (desagregado en 9,90 €/hora para sueldo bruto y 3,27 para pago de Seguridad Social a cargo del empresario).

Es necesario recordar que el salario bruto ofrecido por el adjudicatario asciende a 9,00/hora más 0,90 € de gastos de seguridad social.

Vista la situación debemos dilucidar si el cumplimiento de la mencionada cláusula debe efectuarse de forma individualizada para cada precio o por el contrario admitiría una compensación en relación a los otros precios que conforman la oferta.

Es necesario volver a transcribir y así tener presente el literal de dicha cláusula: *“La oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente a todos los costes derivados de la aplicación del Convenio Colectivo que corresponda, sin que en ningún caso el precio/hora ofertado pueda ser inferior al precio/hora más los costes de la seguridad social”.*

Observamos que la locución: “sin que en ningún caso”, nos limita la posibilidad de compensar unos precios con otros en la oferta.

Manifiesta el adjudicatario que esta cláusula del PCAP debe interpretarse como que ninguna oferta de coste hora puede ser inferior al importe reflejado en el convenio colectivo aplicable por la suma del salario bruto más los costes de seguridad social.

Considerando aplicable el convenio del sector de ocio educativo y animación sociocultural de la Comunidad de Madrid de 2018 dicho coste asciende a 11,88 €/hora y si entendemos como vigente el convenio del mismo sector publicado del 30 de marzo de 2024 dicho importe asciende a 12,45 €/hora.

El precio ofertado por Magma cultura ha sido de 12,58 €/hora, superior al mínimo exigido en ambos convenios colectivos.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad

Recordamos asimismo que los pliegos de condiciones no han sido recurridos y en consecuencia la presentación de la oferta supone la aceptación de estos de forma íntegra y si merma alguna, tal y como establece el art. 139.1 de la LCSP.

De la lectura de la cláusula 5 del PCAP ninguna duda puede plantearse, toda vez que queda claro que la interpretación de Magmacultura y del órgano de contratación es la correcta. El mínimo indicado en el convenio colectivo es muy inferior al presupuesto base de licitación, lo cual es lógico si se pretende puntuar dicho concepto, pues de lo contrario todos los licitadores obtendrían la misma puntuación perdiendo el criterio su naturaleza de ser. Por todo ello se desestima este motivo de recurso.

Como segundo motivo de recurso, Factoría considera que la oferta de la adjudicataria es un acto de competencia desleal que falsea la libre competencia.

Recurre al artículo 7 del Código Civil para determinar que la actuación de la adjudicataria se ha efectuado bajo los principios del fraude de ley.

Por su parte el órgano de contratación a este respecto manifiesta que a tenor de lo establecido en el artículo 6.4 del Código Civil: *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideraran ejecutados en fraude de ley y no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*, no podemos concluir que la oferta de Marmacultura para el precio de dinamizador general se haya formulado en fraude de ley.

Por su parte la adjudicataria invoca la doctrina de admitir en contratación pública ofertas a cero euros, lo que pone de manifiesto que si dichas ofertas no se consideran formuladas en fraude de ley en un negocio oneroso como es la contratación pública, menor puede decirse de una oferta inferior a la establecida en el presupuesto base de licitación.

Este Tribunal en múltiples resoluciones valga por todas la Resolución 49/2022 de 3 de febrero: *“A este respecto, procede traer a colación la resolución del TACRC 1249/2020 “En esencia, se considera en fraude de ley la oferta de precio cero a una prestación, cuyos costes se trasladan al precio ofertado de otra para, dada la estructura de la fórmula de valoración, obtener el máximo de puntos asignados a ese criterio y determinar que el resto de las ofertas, cualquiera que sea su importe, con tal de que sea positivo, obtengan cero puntos. Se produce así un resultado contrario al ordenamiento jurídico, en cuanto esa oferta es calificada como la más ventajosa económicamente, no siéndolo en realidad, y ello en perjuicio de las ofertas de otros licitadores, cuyas ofertas son realmente mejores económicamente, pero por efecto de ese fraude de ley obtienen menos puntos.*

*En un segundo supuesto, hemos considerado que también concurre el segundo requisito del fraude de ley cuando se formula precio cero, casi cero o irrisorio para*



*obtener el máximo de puntos en la oferta de precio a una prestación, pero se trasladan los costes al precio ofertado de otra en la que por diferencias se ve compensado la menor cifra de puntos obtenidos en la oferta de precio más elevado a una prestación, con la mayor cantidad de puntos obtenidos en la oferta de precio cero o casi cero a la otra prestación, al obtener más puntos de los que pierde en aquella oferta a la otra prestación. En el caso citado, el fraude de ley se aprecia porque esta forma de proceder le permite al oferente, trasladando costes, obtener más puntos de los que obtendría ofertando precios reales y efectivos a cada prestación. El fraude se produce porque se obtienen más puntos de los merecidos mediante la oferta de precio cero o casi cero a una prestación que sí tiene costes, pero que se retribuyen con el mayor precio ofertado en otra u otras prestaciones. De esa forma se fraude incurre en de ley si esa maniobra determina que pase a ser la oferta con mejor puntuación sin ser la oferta económicamente más ventajosa en conjunto con arreglo al criterio precio aplicado las distintas prestaciones. En ese caso, la norma no ampara el resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, de forma que la oferta queda enfrentada a la norma defraudada, que es la que determina que no puede tener mejor puntuación una oferta si otra económicamente es más ventajosa”.*

*A juicio de este Tribunal, no puede predicarse en el caso que nos ocupa, la existencia real de un fraude de ley, ya que ello exigiría que la oferta realizada en la mejora por el adjudicatario supusiera una maniobra que le permitiera pasar a ser la oferta con mejor puntuación sin ser la oferta económicamente más ventajosa en conjunto”.*

En el caso que nos ocupa se dan las mismas circunstancias que en el transcrito, la oferta de Magmacultural en su conjunto es la mejor oferta relación calidad precio, habiendo sido perfectamente justificados sus precios unitarios tal y como reconoce el propio recurrente, página 5 del recurso: *“No se discute en este punto la efectiva viabilidad de la prestación del servicio, es decir, el hecho de que la oferta de Magamacultura S.A. incurra en anormalidad y que la mesa haya considerado que su propuesta, considerada de forma global, resulte suficiente para el cumplimiento del servicio, al completar el déficit existente en la oferta para cubrir el coste laboral del*

*servicio de dinamizador general, con el margen económico resultante de la oferta del servicio de dinamizador especialista” aunque después en su escrito alegue la inconsistencia de esta viabilidad.*

Por todo ello se desestima el recurso en todos sus motivos.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 legal de Factoría de Arte y Desarrollo S.L.U., contra el acuerdo del Consejero Delegado de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio del Ayuntamiento de Madrid de fecha 22 de mayo por el que se adjudica el contrato de servicios “Dinamización cultural en espacio abierto Quinta de los Molinos” número de expediente SP23-00731.

**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 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 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 de la LCSP.