Recurso 240/2022
Resolución 376/2022
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 13 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EXERCYCLE, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, de 27 de mayo de 2022, en el procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro mediante arrendamiento sin opción de compra (renting) de máquinas de musculación y cardio para la piscina cubierta H20", con número de expediente 2022/053270/006-202/00001, promovido por el Ayuntamiento de Huércal-Overa (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de abril de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 182.479,2 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 9 de junio de 2022, la entidad recurrente presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de su oferta de la mesa de contratación anteriormente mencionado, en el Registro Electrónico del órgano de contratación.

El recurso, el expediente administrativo y el resto de documentación necesaria para la resolución del recurso fue remitido y tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 20 y 22 de junio de 2022.

TERCERO. Con fecha 22 de junio de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 3 días hábiles a la entidad recurrente para que aportase el documento acreditativo de la representación de la persona firmante para interponer recursos en nombre de dicha entidad, habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo conferido para dicho trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Huércal-Overa, en su informe al recurso, no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión de la oferta de la ahora recurrente consta que le fue notificada a la misma el 6 de junio de 2022, por lo que el recurso presentado el 9 de junio de 2022, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso: alegaciones de las partes.

La decisión de la mesa de contratación de la exclusión reside en que supera con su oferta económica el presupuesto base de licitación (IVA excluido) del contrato (182.479,2 euros), conforme a lo establecido en el último párrafo de la cláusula 7, en la cláusula 27 y en los apartados 5 y 19.1º del Anexo I (Cuadro de características del contrato) del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), así como en el artículo 100 de la LCSP y en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Señala que la oferta presentada por la entidad recurrente es de 180.597,95 euros (3.762,46 euros/mes), por debajo del importe máximo de licitación, siendo este de 182.479,20 euros.

Alega que para realizar la presentación de la oferta se ha utilizado el modelo de oferta económica que se proporciona en los pliegos, anexo II, en el hay tres apartados:
a) Máquinas de cardio y musculación objeto del arrendamiento.
b) Máquinas de cardio y musculación propiedad municipal a entregar como pago del precio.
c) Precio total ofertado (a-b)

Señala que el mismo modelo de proposición económica es el que indica claramente que las máquinas a entregar como parte del pago del precio se restan de la oferta de máquinas y que el precio de las máquinas ofertadas por su parte ascendía a 190.597,95 euros, de las cuales se deben restar los 10.000 euros en los que han valorado las máquinas propiedad municipal a retirar. El total de su oferta es 180.597,95 euros, IVA excluido. De este modelo de oferta es del que se puede extraer que la cuota es de 3.762,46 euros/mes, estando nuevamente por debajo del precio máximo fijado en el presupuesto base de 3.801,65 euros/mes.

2. Alegaciones del Ayuntamiento.

Sobre la oferta realizada por la entidad recurrente, realiza otros cálculos donde tiene en cuenta el IVA. Así señala que la oferta fue de:

"a) Máquinas de cardio y musculación objeto de arrendamiento: 190.597,95 euros y 40.025,57 euros de IVA.
b) Máquinas de cardio y musculación propiedad municipal a entregar como pago del precio: 10.000 euros.
c) Siendo el precio total ofertado (a-b) de: 180.597,95 euros y 37.925,57 euros de IVA.
d) Siendo el importe de las cuotas mensuales que le corresponde pagar al Ayuntamiento (Renting) de: 3.762,46 euros/mes y 790,12 euros/mes de IVA".

Señala que la oferta realizada por *"Exercycle, S.L. supone que el Ayuntamiento de Huércal-Overa debe pagar por el arrendamiento de las máquinas de cardio y musculación para la piscina cubierta el importe de 228.523,52 euros (IVA incluido), importe éste superior al Presupuesto Base de licitación del contrato (220.800 euros), desglosado de la siguiente forma:*
a) 48 cuotas de 3.762,46 euros = 180.597,95 euros.
b) 790,12 euros de IVA de cada una de las 48 cuotas = 37.925,57 euros.
c) 10.000 euros pagados en especie mediante la entrega de las máquinas de la misma naturaleza propiedad del Ayuntamiento de Huércal-Overa.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

El referido anexo en el cual había que configurar la oferta económica expresaba:

"D./Dña....., con DNI número.....en nombre (propio) o (de la empresa que representa)..... con NIF..... y domicilio fiscal..... ……..…
en.....calle.....número..... enterado del anuncio publicado en el perfil del contratante…… del día.....de.....de..... y de las condiciones, requisitos y obligaciones sobre protección y condiciones de trabajo que se exigen para la adjudicación del contrato de.....se compromete a su ejecución con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones, 1º y 2º) por un precio de:

a) Máquinas de Cardio y Musculación objeto del arrendamiento _____ € y _____ €, correspondientes al Impuesto sobre el Valor Añadido.
b) Máquinas de Cardio y Musculación propiedad municipal a entregar como pago del precio _____ €.
c) Siendo el precio total ofertado (a-b) de: _____ euros y _____ euros correspondientes al Impuesto sobre el Valor Añadido.
d) Siendo el importe de las cuotas mensuales que le corresponde pagar al Ayuntamiento (Renting) de _____ €/mes y _____ €/mes de IVA".

El artículo 100 de la LCSP señala que el presupuesto base de licitación es el límite máximo de gasto " *que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario."*

El artículo 102.2 LCSP dispone que *"con carácter general el precio deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que esta u otras Leyes así lo prevean."*

El artículo 302.1 LCSP señala que el pago en metálico y en otros bienes en los contratos de suministro, es posible. El precepto indicado establece:

> *1. "Cuando razones técnicas o económicas debidamente justificadas en el expediente lo aconsejen, podrá establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares que el pago del precio total de los bienes a suministrar consista parte en dinero y parte en la entrega de otros bienes de la misma clase, sin que, en ningún caso, el importe de estos pueda superar el 50 por cien del precio total. (…)*
> *3. En este supuesto el importe que del precio total del suministro corresponda a los bienes entregados por la Administración será un elemento económico a valorar para la adjudicación del contrato y deberá consignarse expresamente por los empresarios en sus ofertas.(…)".*

El apartado 5 del anexo I del PCAP señala:

"Presupuesto base de licitación: 220.800 euros, IVA incluido".

Asimismo el apartado 5 del anexo I del PCAP del contrato referenciado al inicio establece que:

"…el pago del precio total de los bienes a suministrar consistirá parte en dinero y parte en especie (…), siendo el importe de estos bienes de 6.000 euros".

Asimismo, los apartados 19.1 y 2 de dicho Anexo I, establecen como criterios de adjudicación la oferta económica de los bienes a suministrar y la oferta económica por los bienes que se entregan por el Ayuntamiento como parte del pago del suministro, respectivamente.

El PCAP por último establece en el último párrafo de la cláusula 7 que en ningún caso puede sobrepasarse el importe del presupuesto base de licitación del contrato (220.800 euros).

En nuestro supuesto, el precio cierto que se ha de pagar por la Administración a la adjudicataria consistirá en función de las prestaciones realmente ejecutadas y de acuerdo con lo pactado, una parte en dinero y otra mediante la entrega de bienes de la misma clase (especie), de tal modo que como afirma el órgano de

contratación, de forma lógica ha de llegarse al entendimiento que sobre todos esos pagos se calcula el presupuesto base de licitación, es decir, el límite máximo de gasto que puede comprometer el órgano de contratación (IVA incluido).

Siendo el presupuesto base de licitación, IVA excluido, de 182.479,20 euros (límite máximo que puede abonar el órgano de contratación), se deben abonar parte en dinero (176.479,20 euros) y parte en máquinas (6.000 euros), debiendo estos 6.000 euros ser un elemento económico a valorar para la adjudicación del contrato, y por tanto, parte de la oferta de las licitadoras.

Los cálculos necesariamente son los que ha realizado el órgano de contratación, pues la oferta de la entidad recurrente fue de:

- Máquinas de cardio y musculación objeto de arrendamiento: 190.597,95 euros y 40.025,57 euros de IVA.
- Máquinas de cardio y musculación propiedad municipal a entregar como pago del precio: valorado en 10.000 euros.

De este modo y de acuerdo con el anexo I los límites del precio total ofertado (a-b), eran de 180.597,95 euros y 37.925,57 euros de IVA. Siendo el importe de las cuotas mensuales que le corresponde pagar al Ayuntamiento (Renting) de: 3.762,46 euros/mes y 790,12 euros/mes de IVA.

La oferta realizada por la entidad recurrente suponía que el Ayuntamiento debía abonar por el arrendamiento de las máquinas de cardio y musculación para la piscina cubierta el importe de 228.523,52 euros (IVA incluido), importe éste superior al Presupuesto Base de licitación del contrato (220.800 euros), desglosado de la siguiente forma:

- 48 cuotas de 3.762,46 euros = 180.597,95 euros.
- 790,12 euros de IVA de cada una de las 48 cuotas = 37.925,57 euros.
- 10.000 euros pagados en especie mediante la entrega de las máquinas de la misma naturaleza propiedad del Ayuntamiento de Huércal-Overa.

La mesa de contratación excluye a la entidad recurrente por superar su oferta económica el presupuesto base de licitación (IVA excluido), esto es, por ser superior a 182.479,20 euros, ya que la mercantil ofertó 190.597,95 euros. En efecto su oferta no es 180.597,95 euros, importe que habría sido inferior al importe máximo de licitación (182.479,20 euros), fundamentándolo en que para ello han utilizado el modelo de oferta económica propuesto en los pliegos, indicando que en el mismo se contienen tres apartados, cuando en realidad, conforme al PCAP son cuatro, pues no tiene en cuenta que el precio de las máquinas del Ayuntamiento es en especie (10.000 euros), esto es, mediante la entrega de bienes de la misma naturaleza y, como tal, forma parte o debe incluirse en el precio de licitación, siendo por tanto el precio ofertado por la recurrente 190.597,95 euros (180.597,95 euros + 10.000 euros).

Obvia que el valor de los bienes a entregar por el órgano de contratación es parte del pago del suministro, y ello también forma parte del presupuesto base de licitación (IVA excluido). La recurrente considera que de valor de las máquinas que el Ayuntamiento entrega como parte de pago del precio están comprendidos dentro de los 182.479,20 euros que establece el apartado 5 del Anexo I del PCAP como presupuesto máximo IVA excluido, pero ello es erróneo pues, supondría que los 10.000 euros ofertados por las máquinas de propiedad municipal se darían a coste “0”. Lo que realmente ocurre es que si se abona a la recurrente como precio del contrato

180.597,95 euros en metálico (y divididos en 48 cuotas mensuales) y 10.000 euros en especie, mediante la entrega de las máquinas de propiedad municipal; supone un gasto de 190.597,95 euros, superior al presupuesto base de licitación (IVA excluido).

A las cantidades anteriormente mencionadas obviamente hay que añadirle el IVA correspondiente, que arroja una cifra total respecto de la oferta de la recurrente que asciende a 228.523,52 euros, cantidad ésta también superior a los 220.800 que como máximo tiene con la consignación de crédito a efectos del contrato aprobada el órgano de contratación.

Debe, por último, señalarse que tendiendo a la cláusula 27 del PCAP, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP, que:

> *"Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variase sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa de contratación mediante resolución motivada, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido.".*

En definitiva, la recurrente intenta demostrar mediante el presente recurso, que su exclusión de la licitación no se ajusta derecho, porque su oferta no supera el importe máximo de licitación, pero a lo largo de la presente resolución se pone de manifiesto que el acuerdo impugnado se ajusta a la LCSP y a lo establecido en los pliegos que rigen la licitación y que, en definitiva, son la *lex contractus* del procedimiento. Por tanto, visto todo lo anteriormente argumentado, procede la desestimación del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal.

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EXERCYCLE, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, de 27 de mayo de 2022, en el procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro mediante arrendamiento sin opción de compra (renting) de máquinas de musculación y cardio para la piscina cubierta H20", con número de expediente 2022/053270/006-202/00001, promovido por el Ayuntamiento de Huércal-Overa (Almería)

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.