

Recurso nº 113/2018**Resolución nº 105/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 15 de novembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por J.C.O. actuando en nome e representación de EMPRESA MONFORTE S.A.U. contra a resolución de adxudicación do lote 1 do contrato de arrendamento de vehículos para cubrir as necesidades de desprazamento e transporte de equipos de cámara (ENG) e subministración dun vehículo tipo furgoneta para a Corporación Radio e Televisión de Galicia S.A., expediente 2018000251, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola Corporación Radio e Televisión de Galicia S.A. (CRTVG, en adiante) convocouse a licitación do contrato de arrendamento de vehículos para cubrir as necesidades de desprazamento e transporte de equipos de cámara (ENG) e subministración dun vehículo tipo furgoneta, cun valor estimado declarado de 413.913,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia e no DOUE o día 22.06.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017 de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP, en adiante).

Terceiro.- O recorrente impugna a adxudicación á empresa AUTOS BREA S.L. (AUTOS BREA, en diante) do Lote 1 do contrato relativo ao *“arrendamento de vehículos tipo turismo station wagon e un vehículo tipo berlina”*.

Cuarto.- O día 02.11.2018 EMPRESA MONFORTE S.A.U. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

Quinto.- Con data 02.11.2018 reclamouse á Corporación Radio e Televisión de Galicia S.A. (CRTVG en diante) o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 06.11.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 07.11.2018, presentando alegacións AUTOS BREA, S.L.

Sétimo.- O 07.11.2018 o TACGal decide manter a medida cautelar de suspensión da licitación derivada do artigo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- O recorrente foi o segundo clasificado no procedemento de licitación, polo que coa posible estimación do recurso obtería un indubidable beneficio na súa esfera xurídica.

Cuarto.- O acordo de adxudicación foi publicitado na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia e notificado o día 10.10.2018, polo que o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Impúgnase o acordo de adxudicación dun contrato cualificado no PCAP de subministración por importe superior a 100.000 €, polo que o recurso é admisible.

Sexto.- O recorrente impugna a adxudicación á entidade AUTOS BREA S.L. por considerar que non xustificou axeitadamente a viabilidade da súa oferta tras ser considerada como anormalmente baixa.

O informe da CRTVG defende, en primeiro lugar, a inadmisión do recurso ao non impugnar en prazo a resolución do órgano de contratación do 06.09.2018, notificada e publicada o 21.09.2018, que foi a que decidiu a admisibilidade da oferta de AUTOS BREA, e, a maiores, considera correctamente admitida a mesma.

AUTOS BREA, nas súas alegacións, reitera a viabilidade da súa proposición económica presentada.

Sétimo.- Antes de entrar no fondo, hai que analizar a alegación de inadmisibilidade esgrimida polo órgano de contratación, referida a que non se impugnou en prazo a resolución do órgano de contratación do 06.09.2018, notificada e publicada o 21.09.2018, por canto foi a que decidiu a admisibilidade da oferta de AUTOS BREA. Para esta análise procede aportar os seguintes antecedentes.

Na sesión pública da mesa de contratación de 13.08.2018, despois de abrirense os sobres que contiñan a documentación relativa aos criterios avaliados mediante fórmulas matemáticas, apreciouse que a oferta presentada por AUTOS BREA podía ser considerada como anormalmente baixa.

Requirida a estes efectos tal empresa, presenta alegacións o 20.08.2018. Seguidamente, emítese un informe técnico de 27.08.2018 onde se considera debidamente xustificada a oferta, e o 06.09.2018 a mesa de contratación propón seguir ese criterio técnico. Logo, nesa mesma data, o órgano de contratación decide estimar satisfactoria a explicación dada por AUTOS BREA. Tal resolución tamén ordena que se notificara e publicase a mesma no Perfil do contratante, e

subministraba información para a súa impugnación cara este recurso especial en materia de contratación. Esa notificación e publicación foi realizada o 21.09.2018.

Como xa é amplamente coñecido, fronte a inicial doutrina xeneralizada de que non era admisible o recurso especial ante unha decisión de admisión de ofertas, por canto era coa ulterior adxudicación onde tal debate se podía suscitar á vista da situación final da licitación, recae a Sentenza do TXUE de 05.04.2017, C-391-15, asunto Marina del Mediterráneo, que obxectou tal postura e considerou:

“34. En lo que atañe específicamente a la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación, como es la decisión controvertida en el litigio principal, el hecho de que la normativa nacional en cuestión en el procedimiento principal obligue en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la admisión de otro licitador infringe las disposiciones de la Directiva 89/665”.

Isto ten xa a súa plasmación na LCSP 9/2017, cuxo artigo 44 considera como susceptible do recurso especial:

“2. Poderán ser obxecto do recurso as seguintes actuacións:

(...)

b) Os actos de trámite adoptados no procedemento de adxudicación, sempre que estes decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. En todo caso, considerárase que concorren as circunstancias anteriores nos actos da mesa ou do órgano de contratación polos cales se acorde a admisión ou inadmisión de candidatos ou licitadores, ou a admisión ou exclusión de ofertas, incluídas as ofertas que sexan excluídas por resultar anormalmente baixas como consecuencia da aplicación do artigo 149.”

Non se nos escapa que esa Sentenza do TXUE foi ditada dende un punto de vista pro actione, isto é, de non considerar como inadmisibile un recurso especial contra una decisión de admisión de oferta, iso si, en relación a un caso onde só existían dous licitadores (apartado 14 da Sentenza), o cal ten relevancia porque a exclusión dun outorgaba un beneficio competitivo directo na licitación ao outro, o recorrente naquel caso.

O órgano de contratación invoca unha problemática con matices diferentes a este respecto, pois o que defende é que o cuestionamento da admisibilidade da oferta de AUTOS BREA só se podía esgrimir impugnando aquela resolución do órgano de contratación onde se aceptaba a xustificación da baixa presentada, e non xa coa ulterior adxudicación.

Pois ben, sobre este prisma de inadmisibilidade do recurso, con matices diferentes entón fronte a aqueloutro que acabamos de describir, debemos ter en conta diversos aspectos.

En primeiro lugar, favorable á tese do órgano de contratación estaría que existe unha resolución específica, en canto que decisión de admisibilidade da oferta aos efectos da Directiva 89/665 – integrante dentro das denominadas coloquialmente Directivas do recurso, coa redacción dada tras a Directiva 2007/66-, e que ademais esta foi especificamente notificada e publicada.

Unamos tamén que a mesma outorgaba información cara a este recurso especial, o cal, sendo certamente relevante cara o sustento desa interpretación do órgano hai que analízalo no sentido de que o feito de que o órgano de contratación outorgue esa posibilidade non determina, por si só, que entón esta impugnación teña xa carácter irremediabilmente preclusiva. O que queremos expresar é que, no prisma que nos ocupa de analizar se o presente recurso presentado contra a adxudicación é inadmisíbel, debemos atender ao caso concreto tendo en conta o efecto útil do recurso e a proporcionalidade en canto ao seu acceso, precisamente no suposto que se nos presenta.

Neste sentido, un aspecto moi relevante para analizar a admisibilidade do recurso especial contra decisión de admisión de ofertas é a lexitimación *ad causam* para que, nese momento do procedemento, poida caber esa impugnación. Nese sentido, Resolución 131/2018 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

Pois ben, no caso que nos ocupa consideramos contrario ao principio *pro actione* entender que o recorrente tiña que, preclusivamente, recorrer a decisión de admisión da oferta do que logo foi o adxudicatario, nunha licitación onde existían máis competidores que o recorrente e o adxudicatario, e cando no momento en que se lle notifica aquela decisión o agora recorrente non tiña coñecemento certo dunha exteriorizada clasificación das ofertas, a efectos de apreciar nesta o seu interese

efectivo en recorrer tal decisión. Así, non foi ate a data de notificación da resolución da adxudicación onde se nos aparece que tivo acceso a esa información, esencial para determinar a afección efectiva a súa posición xurídica.

O que observamos foi que nesa resolución de adxudicación é onde puido visualizar que a súa oferta fora clasificada en segundo lugar, pois na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia as actas da mesa de contratación non foron publicadas ate ese mesmo momento final, concretamente, ate a data desa adxudicación.

De feito, o recorrente, cando aínda estaba en prazo para impugnar esa decisión de admisión da oferta do adxudicatario é cando recibe a resolución de adxudicación, polo que existindo nese intre xa a resolución final, que é onde se lle aparece a clasificación das ofertas e a decisión de adxudicación, sería contrario ao principio pro actione e proporcionalidade no seu entendemento que, con todas as circunstancias descritas do caso, consideremos inadmisíbel tal recurso presentado.

Décimo.- Entrando agora no fondo, en Resolucións previas deste TACGal dimos conta da doutrina consolidada existente sobre as baixas anormais ou desproporcionadas (por todas, Resolucións 14/2018 ou 69/2018) . Explicábase que a apreciación de que a oferta ten valores anormais ou desproporcionados non é un fin en si mesmo, senón un indicio para establecer que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia diso, tras un procedemento contradictorio ao respecto. A decisión sobre se a oferta pode cumprirse ou non corresponde ao órgano de contratación, que debe sopesar as alegacións formuladas pola empresa licitadora e os informes emitidos polos servizos técnicos. Non se trata de que o licitador xustifique exhaustivamente a oferta desproporcionada, senón de prover de argumentos que permitan ao órgano de contratación chegar á convicción de que se pode levar a cabo. Tampouco resulta necesario que por parte do licitador se proceda á desagregación da oferta económica, nin a unha acreditación exhaustiva dos distintos compoñentes dela, senón que abonda con que ofrezca ao órgano de contratación argumentos que permitan explicar a viabilidade e seriedade da oferta, ao que engadir que os argumentos ou xustificacións achegados polo licitador deben ser máis profundos canto maior sexa a desproporción da oferta. Finalmente debe atribuírse ao poder adxudicador un amplo marxe na apreciación da temeridade, con límites como o erro, a arbitrariedade, etc... Tamén na nosa Resolución TACGal 45/2018 indicabamos respecto á exclusión dun licitador que este era un resultado especialmente gravoso, polo que a proporcionalidade non é un principio menor ao respecto.

Analizando o sucedido neste caso o primeiro que debemos trasladar é que se seguiu o procedemento previsto: detectada a oferta anormalmente baixa, requiríuse a tal licitador para que o xustificara, o que este fixo presentando alegacións apegadas á oferta concretamente presentadas, ao que prosegue un informe técnico que descarta argumentativamente que a oferta non sexa viable, e que remata cunha proposta da mesa de contratación de aceptar tal oferta, o que finalmente foi decidido polo órgano de contratación. Todo isto afasta que existira erro ou arbitrariedade, e con isto unha posible estimación do recurso.

Como expresamos na nosa Resolución 66/2018:

“ Así, xa ten expresado este Tribunal que a motivación do órgano de contratación debe ser racional e suficiente. Neste senso, tamén debemos precisar que non pode confundirse a falla de motivación ou que aquela sexa insuficiente, co suposto no que a motivación é racional e axeitada pero non todo o específica que desexaría o licitador descartado, de cumprir o deber de motivación dos actos administrativos. Por exemplo, a Sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea, de 13 de decembro de 2013, asunto T-165/2012, recolle que a obriga de motivación das entidades adxudicadoras se pode cumprir por medio de comentarios sucintos sobre a oferta seleccionada e non seleccionada.

Tampouco cabe caer na confusión de, por esta vía alegatoria, tratar de converter a este Tribunal en órgano de contratación, nin que, en realidade, se agoche un intento de erixirse en tal o propio recurrente.”

Centrados, por último, nas específicas manifestacións do recurrente, este só cuestiona, en realidade, dous concretos aspectos da xustificación dada polo adxudicatario.

O feito de só cuestionar aspectos concretos contraponse coa dimensión de concluír que a oferta, como tal, non sexa viable, que é o parámetro para analizar as ofertas anormalmente baixas. Como di o artigo 149 LCSP: *“xustificar, plena e oportunamente, a viabilidade da oferta”*.

Unamos ao anterior que a anormalidade da oferta o é, nunha porcentaxe certamente pequena, como recolle o informe da CRTVG: *“Compre subliñar que estamos ante unha oferta que está por debaixo do estipulado como presunción de temeridade nunha proporción mínima (0.17%).”*

Na nosa Resolución 46/2018 expresamos:

“Existe outro elemento ao que a doutrina consolidada dos Tribunais de recursos contractuais da valor certo na análise final de se estamos ante unha oferta non viable economicamente, cal é a diferenza co límite fixado nos pregos para apreciar presunción de anormalidade ou desproporción, de forma que canto máis diferenza máis esixencia xustificativa hai que esixir do licitador que a sostén.

(...)

De maneira que, como punto de partida, destacamos que estamos en presenza dunha oferta, logo a mellor valorada para este obxecto contractual, que estaba por debaixo do fixado como presunción de anormalidade ou desproporción nunha proporción moi baixa (un 1,75%, segundo destaca o Concello) e onde o informe técnico que valora a mesma conclúe, tras razoamentos, que non merece a consecuencia máis gravosa verbo dos principios da licitación, a exclusión.

Polo tanto, como expresamos, á marxe revisora deste TACGal queda reconducida só a excluír que exista nisto arbitrariedade ou outro elemento invalidante, pero sen substituír as decisións técnicas que corresponden á Administración contratante.”

Pasando xa a análise do texto do recurso este, concretamente, refírese a que non se constatan os descontos alegados e, de xeito principal, que os prezos previstos dos seguros son moi inferior aos de mercado e que só se xustificarían se a adxudicataria incumprise as esixencias previstas nos pregos da licitación, como sería un autoseguro.

Sobre os descontos, o recorrente apenas adica unhas poucas aliñas a esta referencia, polo que dificilmente se pode entender desenvolto un argumento que acade o convencemento deste Tribunal administrativo a que esta cuestión implica unha inviabilidade da oferta.

En todo caso, non aparece como irreal ou falto de razoabilidade a explicación dada por AUTOS BREA de que na compra de 21 unidades podería obter un desconto.

Pero, finalmente, non se nos pode escapar que ese argumento dado na xustificación desta oferta se cita como “*Ademais*” ou a maiores dentro do seu apartado sobre “*Custe depreciación dos vehículos*”, onde o sustento principal deste punto é outro/s, como é a cuestión da recompra.

Realmente o recurso descansa case principalmente na consideración do recorrente de que a cifra dada para o aseguramento dos vehículos non se corresponde co mercado, que non é viable.

Como ben recolle o informe do órgano de contratación, o recurso só aporta aquí as súas propias manifestacións referidas a que na súa experiencia e consultas ao mercado as cifras ofrecidas non poden ser posibles, o cal non é suficiente para enervar o antes expresado a efectos de que este TACGal poida revisar a decisión adoptada de entender xustificada a viabilidade da proposición gañadora.

Pero, outra vez, non se pode perder a perspectiva deste debate por canto que, como é amplamente sabido, a presentación dunha proposición presupón a aceptación das condicións da licitación, de maneira que logo é unha cuestión da execución que o adxudicatario non se separe delas, con mecanismos como penalidades, etc...(por todas Resolución TACGal 98/2018).

Aquí nada determina un incumprimento neste punto que puidera implicar unha exclusión por afastarse dos pregos, nin tampouco que por esta cuestión a proposición presentada vaia a ser inviable, sendo carga do recorrente trasladarnos o convencimento deses aspectos, o que aquí non se acada.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por EMPRESA MONFORTE S.A.U. contra a resolución de adxudicación do lote 1 do contrato de arrendamento de vehículos para cubrir as necesidades de desprazamento e transporte de equipos de cámara (ENG) e subministración dun vehículo tipo furgoneta para a Corporación Radio e Televisión de Galicia S.A., expediente 2018000251.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.