

Recurso nº 110 e 120/2018 (acumulados)**Resolución nº 111/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 29 de novembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. D.G.C. actuando en nome e representación de GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.A e por D. P.R.P. no de SETEC BUILDING S.L.U, contra o acordo do 26.09.2018 da mesa de contratación, recurso 110/2018, e contra a adxudicación, recurso 120/2018, do contrato de prestación do servizo público de abastecemento domiciliario de auga potable, rede de sumidoiros e depuración primaria, expediente 52/2018, do Concello de San Cibrao das Viñas, 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.- Polo Concello de San Cibrao das Viñas convocouse a licitación do contrato de prestación do servizo público de abastecemento domiciliario de auga potable, rede de sumidoiros e depuración primaria (fosas sépticas), cun valor estimado declarado de 5.078.946,72 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no Perfil do contratante no Concello, no BOE de 3.3.2018, no DOG de 5.3.2018 e enviado ao DOUE o 27.2.2018, con publicación o 3.3.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, o contrato se cualifica como contrato administrativo de servizos, de conformidade co disposto na Directiva

2014/23/UE, de 26 de febreiro de 2014 e nos artigos 5.1, 10 e 19.1.a) do texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante), por considerar que non existe traslación do risco operacional ao empresario prestador do servizo.

Terceiro.- O 22.10.2018 GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.A e SETEC BUILDING S.L.U, en escrito conxunto, (GLOBAL-SETEC en adiante) interpuxeron 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, contra acordo do 26.09.2018 da mesa de contratación, sendo o mesmo numerado como recurso 110/2018.

O 08.11.2018, GLOBAL-SETEC presenta formulario telemático de interposición de novo recurso especial, este contra o acordo de adxudicación de 15.10.2018 a favor de ESPINA E DELFIN S.L, notificado o 17.10.2018, e polo tanto en prazo, que mereceu o número 120/2018.

En base ao artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas, procede acumular os recursos 110/2018 e 120/2018 a efectos da súa resolución conxunta.

Cuarto.- Con data 23.10.2018 reclamouse ao Concello de San Cibrao das Viñas 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 adiante, LCSP), en relación ao recurso 110/2018, recibida neste Tribunal o día 25.10.2018.

Dado que nese expediente remitido polo Concello aparecía documentado un acordo da Xunta de Goberno Local do 28.09.2018 onde o seu primeiro acordo era excluír da licitación a oferta presentada por GLOBAL OMNIUM MEDIO AMBIENTE, S.A. e SETEC BUILDING, S.L.U, sen que apreciamos, prima facie, a difusión ou notificación do mesmo, ao abeiro do artigo 88.1 da Lei 39/2015 de procedemento administrativo común das Administracións Públicas, de aplicación segundo o artigo 56.1 LCSP, dimos traslado disto ao recorrente e o Concello para que prazo de 15 días hábiles formulasen as alegacións que estimaran oportunas sobre esa documentación e a información que a mesma achegaba. Tal trámite foi comunicado o 26.10.2018, e polo que se refire ao recorrente este accedeu a tal notificación electrónica o mesmo 26 de outubro. O resultado de tal trámite foi que non se recibiron alegacións.

O 09.11.2018 solicitouse ao Concello o informe e expediente referido ao recurso 120/2018, sendo recibido o 20.11.2018.

Quinto.- Trasládouse o recurso 110/2018 aos interesados con data 20.11.2018 e o 21.11.2018 respecto do recurso 120/2018, recibíndose as alegacións da empresa ESPINA & DELFÍN S.L.

Sexto.- No seno do recurso 110/2018 o TACGal acordou a medida cautelar de suspensión o 29.10.2018. O 15.11.2018 acordou o mantemento da suspensión derivada do artigo 53 LCSP, verbo do recurso 120/2018.

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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP 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.- Sendo o recorrente aquel cuxa oferta foi excluída, cabe atribuírlle a lexitimación ad procesum a este recurso especial.

Cuarto.- Antes adentrarnos en máis cuestións deste recurso, debemos facer unha análise do sucedido tramitacionalmente, e os efectos cara a admisibilidade da pretensión buscada de que se revogue a exclusión ditaminada polo Concello, tendo ademais en conta que ESPINA & DELFÍN S.L nas súas alegacións considera inadmisibles os recursos presentados.

As recorrentes, GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.A e SETEC BUILDING SLU (GLOBAL-SETEC, en diante), presentaron a súa oferta baixo compromiso de constituírse en Unión Temporal de Empresas (UTE). Os primeiros recursos especiais

presentados por estas empresas foron para recorrer a decisión municipal de non admitir a súa oferta por entender que a oferta fora presentada extemporaneamente, o cal foi revogado por Resolución TACGal 15/2018, que resolve os recursos acumulados 16 e 20/2018.

Unha vez incorporada entón a súa oferta ao procedemento en base a isto, a mesma foi excluída tras apreciar que tal proposición era anormalmente baixa, o cal tamén foi impugnado por GLOBAL-SETEC perante este TACGal.

Este Tribunal analizou o procedemento habido para esa exclusión, e, sen ánimo de ser aquí exhaustivo, comprobou que o órgano de contratación non adoptara en si mesmo unha decisión de exclusión, senón que só había un informe técnico, unha asunción do mesmo pola mesa de contratación, e a posterior adxudicación sen ter xa por partícipe na licitación a GLOBAL-SETEC, pero sen decisión en si do órgano de contratación sobre a exclusión, o cal non era admisible. Así, expresábase: *“que non houbo, en si, unha decisión formal e expresamente adoptada de exclusión da oferta da recorrente por baixa anormal ou desproporcionada, polo órgano a quen lle corresponde á mesma, e por directa consecuencia, unha decisión do competente, motivada.”*. A maiores tamén apreciamos que *“no informe técnico provincial existen tamén problemáticas a salientar, relevantes dada a nuclear posición que tivo o mesmo nesta licitación”*.

Polo tanto, a Resolución TACGal 57/2018 estimou parcialmente o recurso con esta referencia:

“Todas as problemáticas descritas obrigan a este Tribunal a anular a exclusión da oferta dos recorrentes acaecida nesta licitación e así como o subseguinte acordo de adxudicación, decretando a retroacción ao momento da solicitude do informe técnico previsto no artigo 152.3 TRLCSP de avaliación da xustificación da oferta presentada por GLOBAL-SETEC, para que unha vez evacuado se continúe co procedemento legalmente previsto.”

O que se nos presenta agora é o sucedido con posterioridade a tal estimación parcial, onde observamos o seguinte.

En primeiro lugar, que no recurso 110/2018 o que se recorre é o acaecido na mesa de contratación do 26.09.2018. Precisamente é esa acta o documento acompañado con ese recurso especial para cumprimentar o mandato do artigo 51.1.c) LCSP de aportar *“c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación*

del expediente en que haya recaído o del boletín oficial o perfil de contratante en que se haya publicado’. Queda claro isto, ademais, porque en todo momento se refiren como actuación impugnada á da mesa, non un acordo da Xunta de Goberno Local.

Pois ben, se acudimos a esa acta da sesión da mesa de contratación de 26.09.2018 o que se lee é que están simplemente a propoñer ao órgano de contratación a exclusión da oferta de GLOBAL-SETEC, precisamente en plena coherencia co recollido na nosa Resolución TACGal onde aludíamos a que a decisión debía ser do órgano de contratación. Tamén é coherente con esa concepción de que era unha mera proposta que non se dera información sobre os recursos posibles, como acto de trámite non susceptible destes que era. Recolle tal acta literalmente o termo proposta e que se eleva ao órgano de contratación: *“la Mesa de contratación...acuerda por unanimidad proponer al Órgano de Contratación: A) La exclusión de la oferta....”*.

Polo tanto, o que nos atopamos no recurso 110/2018 é a impugnación dunha mera proposta de exclusión da mesa de contratación, pero non da decisión de exclusión como tal.

O recurrente, en varias pasaxes, xa describe esa actuación da mesa como de mera proposta de exclusión, polo que aparece que era do seu coñecemento que tal era a dimensión do aí sucedido. Así sucede no folio 1 do texto do seu recurso numerado como 110/2018, que alude á que nesa mesa *“se propone la exclusión de nuestra oferta..”*. A maiores, nesa presentación do recurso, no formulario telemático FA900A previsto para esta interposición, na parte a completar sobre *“descripción do acto e licitación que se recorre”*, o recurrente escribe: *“Recurso especial frente nueva propuesta de exclusión de nuestra oferta...”*. Finalmente, na impugnación que numeramos como recurso 120/2018, o texto do recurrente volve a aludir ao sucedido nesa mesa, e a describirla como de *“Propuesta de exclusión de nuestra oferta”*.

O texto do recurso 110/2018 busca xustificar a admisibilidade do mesmo en que o artigo 40.2.b) TRLCSP alude á posibilidade de interpoñer o recurso especial contra actos da mesa de contratación polos que se acorde a exclusión de licitadores.

Ante todo, nos recursos xa presentados por esta licitadora neste mesmo procedemento expresamos que a tramitación do recurso especial se sometía á LCSP 9/2017, por aplicación da súa disposición transitoria primeira (fundamento segundo

das Resolucións TACGal 15/2018 e 57/2018), polo que non é correcta a cita do TRLCSP.

Agora ben, situados como debemos no artigo 44.2.b) LCSP 9/2017, hai que explicar que é impugnabile o resolto polas mesas de contratación cando son estas as que acordan a exclusión (como sucede por exemplo, no artigo 84 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, ou artigo 22.1.d) do Real Decreto 81/2009), non cando ese acordo recae noutra instancia decisoria e a mesa só traslada unha proposta.

Aquí estábamos perante unha mera proposta da mesa, que debía ser seguida da decisión do órgano de contratación, sendo o acordo deste último o que abría o recurso especial contra a exclusión. A conclusión é que, en si mesma, a proposta de exclusión da mesa de contratación de 26.09.2018 non daba acceso ao recurso especial.

Facemos nosa a explicación que se recolle na Resolución 88/2018 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid:

“El recurso se ha interpuesto contra la propuesta de rechazo de la oferta del procedimiento de licitación, efectuada por la Mesa de contratación, al considerar que no se ha justificado la viabilidad de la oferta incurrida en un supuesto de baja desproporcionada y notificada a la recurrente. El Acuerdo de la Mesa, a pesar de lo indicado en la notificación, no es uno de los actos recurribles de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Tampoco puede considerarse que la propuesta de rechazo sea un acto de trámite cualificado en tanto en cuanto requiere su aceptación por el órgano de contratación.

Podría plantearse la posibilidad de admitir el recurso por economía procedimental, sin embargo debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.4 del TRLCSP la competencia para rechazar o admitir las ofertas incursas en presunción de temeridad corresponde al órgano de contratación, que bien pudiera confirmar o separarse del parecer de la Mesa “Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida (...)”. De esta forma el órgano de contratación puede aceptar o no la propuesta de la Mesa, momento en el que adquiriera la condición de acto administrativo recurrible.



Que el Tribunal entrase a revisar el acto del órgano auxiliar de aquél que es competente para dictarlo supondría en cierto modo hurtarle las competencias que le son propias, al condicionar su decisión al haberse pronunciado ya sobre la justificación presentada y la razonabilidad del informe que fundamente la propuesta.”

Apuntar, a maiores, que se partísemos da data da mesa á que asistiron representantes de GLOBAL-SETEC, do 26.09.2018, o recurso 110/2018 non estaría dentro de prazo. Só se partimos da posición máis favorable ao recorrente da data de publicación desa acta no perfil do contratante, o 28.09.2018, estaría dentro dos 15 días para o recurso especial, o que facemos aquí sen decretar por isto unha extemporaneidade, a cal faría difícil unha pervivencia autónoma do recurso 120/2018, que por si só apenas aporta a carga argumentativa esixida para acoller unha pretensión revogatoria.

Se avanzamos entón, e acudimos á impugnación de GLOBAL-SETEC numerada como recurso 120/2018, observamos que o que aí se impugna é o acordo de adxudicación en si mesmo, o acordo da Xunta de Goberno Local de 15.10.2018. Para esta impugnación o recorrente utiliza ese formulario de interposición telemática do recurso especial FA900A, de maneira que é presentado como novo recurso e así foi tramitado, sen prexuízo da acumulación para a resolución conxunta.

En todo caso, o relevante para o que nos ocupa é observar que ese escrito tampouco impugna o acto en si que decide a exclusión, o acordo da Xunta de Goberno Local de 28.08.2018, senón un xa posterior acordo da Xunta de Goberno Local de 15.10.2018, de adxudicación.

Pois ben, de existir un acto expreso decidindo a exclusión – non de mera proposta- non cabe deixar pasar os prazos para esa impugnación, para entender que cabe tamén facelo respecto o acto de adxudicación (así recollido, entre moitas outras, na Resolución 676/2018 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais), pois non é concebible que existan sucesivas oportunidades de impugnar a mesma decisión.

Polo tanto, nos resta analizar o sucedido co que o foi a decisión en si de exclusión, adoptada pola Xunta de Goberno Local de 28.08.2018. Lembremos que na Resolución TACGal 57/2018 houbo unha prolixa explicación de que o proceso sobre ofertas anormalmente baixas debe culminar cun acordo expreso, non da mesa, senón do órgano de contratación, polo que pouca confusión podía haber ao respecto cando

además a literalidade da acta de 26.08.2018 recolle expresamente o termo proposta cara o órgano de contratación, a Xunta de Goberno Local aquí.

Engadir neste punto que o acordo da Xunta de Goberno Local de 28.08.2018 foi ademais explícito en canto que era o que, efectivamente, decidía a exclusión. Polo tanto, en base ao dito, era este o acto a recorrer para buscar a revogación da exclusión da oferta de GLOBAL-SETEC, sen que nin no recurso 110/2018 nin no recurso 120/2018 apareza o mesmo como o impugnado. De feito, neste período temporal, a recorrente solicitou, o 25.10.2018, a este TACGal unha documentación sobre os recursos 60 e 65/2018 (acumulados), e nese escrito se expresaba que faltaba a resolución expresa de exclusión e que só había una proposta da mesa, o que denota o seu entendemento de que a decisión de exclusión debería ter outro acto diferente ao mera proposición da mesa, como así sucedeu. Entón, o que procede estudar agora é se acordo de exclusión de 28.08.2018 chegou a ser do ser coñecemento do recorrente.

O que observou este Tribunal cando recibe o expediente no informe 110/2018 é que, efectivamente, existe ese acordo de 28.08.2018 de exclusión polo órgano de contratación, sen que apreciáramos, prima facie, a difusión ou notificación do mesmo, polo que buscando a posición máis garantista, ao abeiro do artigo 88.1 da Lei 39/2015 de procedemento administrativo común das Administracións Públicas, de aplicación segundo o artigo 56.1 LCSP, dimos traslado disto ao recorrente e o Concello para que no prazo máis amplo posible, precisamente o de 15 días hábiles, formularan as alegacións que estimaran oportunas sobre esa documentación e a información que a mesma achegaba, con acceso do recorrente a esta notificación electrónica – que xuntaba o acordo da Xunta de Goberno Local de 28.08.2018- o mesmo día que se puxo a súa disposición. Pois ben, non se recibiu ningunha resposta ao respecto.

Finalmente, no expediente remitido co recurso 120/2018 aparece que ese acordo de exclusión de 28.08.2018 foi finalmente notificado polo Concello, se ben o 30.10.2018, aportándose xustificante de notificación electrónica onde aparece con estado de recibida nesa mesma data. Tamén foi publicado no Perfil do contratante do Concello ese 30.10.2018. Tampouco houbo en base a isto unha presentación en si dun recurso especial contra esta decisión, polo que se converteu nun acto firme para o agora recorrente.

Tras todo isto, o que sucede é que se presenta, o 08.11.2018, a impugnación contra a adxudicación, sen referencia ningunha a ese acordo de exclusión da Xunta de

Goberno Local de 28.08.2018, cando xa houbera todos estes actos de traslación do mesmo.

Por último, a notificación que se fixo dese acordo de 28.08.2018 era o que daba posibilidade de recurso, se ben de forma imprecisa pois recolle unha referencia cara un recurso de reposición e non cara este recurso especial. Isto, que noutras casos podería supoñer un óbice a efectos da inadmisibilidade do recurso especial, estimamos que no presente suposto non pode ser o que obvie que non se chegara a impugnar este acordo, por canto que non se nos aparece como razoable considerar que non era de coñecemento deste recorrente que había aquí a vía impugnatoria do recurso especial, cando nesta mesma licitación os integrantes desta UTE GLOBAL-SETEC interpuxeron ate seis recursos especiais: os recursos 16 e 20/2018 (acumulados na Resolución nº15/2018), os recursos 60/2018 e 65/2018 (acumulados na Resolución nº 57/2018) e os presentes recursos 110/2018 e 120/2018. En todo caso, tampouco nos consta no remitido que houbera un recurso de reposición que denotara simplemente un erro na vía escollida.

Polo tanto, o que resulta é que, estando constatado que houbo coñecemento do recorrente do acordo explícito de exclusión da Xunta de Goberno Local de 28.08.2018 e que o mesmo non foi en si impugnado a pesar dos episodios que houbo para isto, non cabe admitir uns recursos presentados contra a mera proposición da mesa e contra a adxudicación. O aquí descrito non pode ser superado por unha concepción antiformalista deste recurso nas circunstancias aludidas do caso que ocupa, que chegue a que suplamos o que debe corresponder nuclearmente a un recorrente: a impugnación do concreto acto onde se decide o que se pretende revogar.

Quinto.- En todo caso, e para esgotar os argumentos do debate, referirémonos aos motivos de impugnación alegados no recurso.

O órgano de contratación fundaméntase de xeito principal en dous argumentos para considerar a oferta como inviable e proceder á exclusión do recorrente. O primeiro deles, é que segundo a propia xustificación presentada, o sumatorio dos resultados anuais reflectidos para os catro anos de contrato ofrece unha contía negativa, polo que o contrato non é viable, xa que o licitador elaborou os seus cálculos a un período de seis anos, sendo a duración do contrato de catro, máis outros dous anos de posibles prórrogas.

ESPINA & DELFÍN S.L. nas súas alegacións reitera a validez e motivación dos argumentos expostos no informe que rexeitou a viabilidade da oferta da recorrente.

O recorrente, pola contra, sinala que dadas as características desta licitación, nas que o Concello aporta unha cantidade complementaria para financiar o servizo, o que recolle ese resultado ao que se refire o órgano de contratación non é o seu resultado empresarial, senón a necesaria suma 0 consecuencia do importe deficitario do servizo e a subvención municipal. Así indica que:

“Conforme a la proyección del contrato, definida por los Pliegos, la prestación del servicio en sí resulta deficitaria. Por ello, el Ayuntamiento subvenciona parte del mismo para que el resultado del contrato sea 0 y reequilibrar el servicio, porque el adjudicatario obtiene se ganancia del concepto BI en el estudio económico de su oferta”.

A xustificación da oferta económica presentada pola adxudicataria fai unha análise dos ingresos e custos previstos en comparación cos incluídos na memoria de explotación e demais datos da licitación, incluíndo na páxina 18 do documento xustificativo un cadro resumo no que se fundamenta o obxecto do debate a analizar neste fundamento xurídico.

O primeiro que debemos sinalar é efectivamente a incorrecta configuración que o licitador fai do seu análise xustificativo, xa que no mesmo, para demostrar a viabilidade da oferta, establece unha periodicidade da licitación de seis anos, e sobre ese período fixa os seus cálculos que se reflicten na súa *“tabla de desarrollo de la evolución del contrato”*.

Pois ben, segundo a cláusula 7 do PCAP’:

“El plazo de prestación de los servicios públicos de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración primaria (fosas sépticas) del municipio de San Cibrao das Viñas será de cuatro (4) años, a contar desde el día siguiente al de la formalización, en documento administrativo, del correspondiente contrato, siendo susceptible de prórroga por periodos anuales, sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas acordadas, pueda exceder de 6 años”

Polo tanto, o prazo de duración do contrato é de 4 anos, non de 6 como sinala o recorrente no seu estudo, establecéndose unicamente a posibilidade de prórrogas anuais que en ningún caso dependen da mera vontade do adxudicatario.

Isto xa se pon de manifesto no informe de análise aceptado pola mesa de contratación, no que se indica ao respecto:

“A cuestión é que o contrato é de catro (4) anos, cunha duración máxima de seis (6), pero a viabilidade debe analizarse para os catro (4) anos de contrato (único período contractual certo).”

Este erróneo cómputo do período da licitación ten efectos relevantes nos cálculos presentados polo licitador. Así, se ben podería non ter incidencia significativa nos custos fixos e variables calculados, no caso da amortización das inversións esa diferenza de anos si adquire unha importancia substancial. Segundo os propios cálculos presentados pola adxudicataria na súa táboa de evolución, esa amortización ascende á contía de 21.083,33€ anuais, cantidade que ascendería aos 31.625€ de computarse correctamente o período de amortización. Esta diferenza de 10.541,67€ por si mesma xa é superior ao beneficio industrial anual estimado polo propio licitador.

O órgano de contratación argumenta que a propio documento do recorrente xa reflicte un resultado negativo para eses catro anos que demostra a inviabilidade do contrato, algo ao que se opón o recorrente.

Pois ben, sobre esta cuestión formal poderíamos admitir a argumentación do recurso, xa que un mero análise económico da táboa xustificativa permite apreciar con claridade que, con anterioridade ao *“resultado do contrato”* ao que se refire o órgano, aparece efectivamente indicado un beneficio empresarial anual así como os demais custos e ingresos estimados, sendo ese resultado do contrato unicamente a consecuencia da aplicación do importe a abonar polo Concello como consecuencia do déficit previsto no servizo, unha vez imputados xa os resultados empresariais, que a licitadora neste caso estima positivos.

Con todo, este aspecto formal non desvirtúa o fondo do argumento do órgano de contratación para entender como non acreditada a viabilidade da oferta presentada, e que se refire á incorrecta estimación do período contractual, algo que, como xa indicamos, necesariamente determina apreciar como incorrectos os cálculos presentados.

Neste sentido, non se pode estimar o xenérico argumento da recorrente de que esas posibles perdas na prestación do servizo serían *“cubertas por resultados positivos y acreditados en el resto de su actividad”* allea a esta licitación.



Se ben é doutrina dos Tribunais administrativos que pode ser admisible que un licitador renuncie a obter un beneficio económico directo nunha licitación, e así o ten indicado este Tribunal, é preciso sinalar que iso supón unha excepción, e non á regra xeral á hora de participar nunha licitación pública. E como tal, esixe unha argumentación da súa xustificación e das circunstancias nas que se produce esa renuncia a un beneficio por parte de quen alega esa excepción, para permitir así ao órgano de contratación apreciar a súa coherencia, entendendo que unha oferta presentada coa previsión de que suporá un prexuízo económico a quen a realiza non se aproxima, *prima facie*, a unha consideración inicial de viabilidade.

Así, na nosa Resolución 53/2018 xa sinalábamos ao respecto que:

“En todo caso, sobre a renuncia ao beneficio económico, significar que na Resolución TACGal 25/2018 expresabamos:

“Esta doutrina consolidada do TACRC é congruente coa xeral fixada polos diversos Tribunais administrativos respecto á valoración das ofertas, admitindo, por exemplo, a viabilidade de ofertas cun prezo de cero euros nalgunha prestación”

Por todas, na Resolución TACRC 379/2014 xa se recollía:

“...no olvidemos que como tiene declarado este Tribunal en diversas resoluciones como las ya citadas las normas sobre presunción de temeridad no deben considerarse como un fin en sí mismas, sino como un elemento que permite valorar si el contrato se puede ejecutar por la empresa que lo propone. En este sentido, no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a una empresa que va a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios por debajo de lo que sería esperable o incluso a pérdidas o porque pueden existir muchas y muy diferentes motivaciones para ejecutar el contrato en esas condiciones. Las normas sobre temeridad no imponen de manera absoluta la necesidad de valorar la congruencia económica de la oferta en sí misma, sino si es viable que la empresa licitadora la ejecute.”

O anterior non é óbice para significar que, no tocante ás baixas anormais, a renuncia ao beneficio é un dato ao que atender para a análise de se estamos ou non perante unha oferta viable, e, neste sentido, na xustificación das mesmas polo licitador este debería facer algunha referencia de en que contexto se produce tal renuncia a efectos de poder apreciar a súa razoabilidade en canto a esta dimensión de que a proposición presentada vaise poder levar a efecto.”

Entender o contrario, é dicir, admitir que a existencia de incongruencias na xustificación económica aportada que determinarían a inviabilidade dunha oferta, podan ser simplemente e en todo caso amparadas por unha xenérica referencia a que se asumirían pola licitadora as posibles perdas existentes, suporía baleirar de contido a propia xustificación a aportar por un licitador que presentou unha oferta desproporcionada e o necesario análise que o órgano debe efectuar sobre a mesma, e determinaría a irrelevancia do trámite legal previsto ao efecto.

O segundo argumento do órgano de contratación determinante da exclusión refírese a que os pregos obrigan na cláusula 27 do PCAP e na 3 do PPT a manter “*en todo caso los puestos de trabajo...y a subrogar a los trabajadores*”, algo que se ben formalmente se aceptou polo licitador non se reflicte no seu estudo económico no que inclúe catro postos, en lugar dos cinco aos que estaría obrigado en base ao PCAP.

O recorrente oponse a este argumento indicando que, se ben subroga aos 5 traballadores, entende que son unicamente necesarios catro para a prestación do contrato, polo que imputa o custo dun deles ao apartado de gastos xerais da empresa.

Pois ben, xa anteriormente este Tribunal se pronunciou ao respecto da imputación dos gastos de persoal como gastos estruturais da empresa e, así, na nosa Resolución 69/2018 xa indicábamos que:

En primeiro lugar, compre sinalar que, con carácter xeral, este Tribunal non estima correcto distribuír os custos de persoal entre diversas partidas económicas. Os gastos de persoal é un apartado concreto e diferenciado, polo que é este o apartado natural para os custos desa dimensión. Nun suposto como o presente, o feito de que determinado persoal adscrito á execución do contrato teña ou non a súa orixe nunha obriga de subrogación en nada afecta á súa propia natureza. Na oferta da adxudicataria tampouco se diferencia en apartados globais diferentes entre un e outro persoal, polo que imputar no estudo económico unha parte deses gastos como custos indirectos non semella formalmente o máis axeitado.

Pero como sinala o recorrente, o relevante a efectos de avaliar a viabilidade da oferta non é o concreto apartado onde se reflicten os gastos, senón se realmente os mesmos aparecen ou non imputados no estudio de custos presentado e, de non ser así, a relevancia que esa deficiencia podería ter no resultado económico da oferta.

Neste aspecto, tanto do estudio de viabilidade como do propio texto do recurso resulta con claridade que o custo dese persoal non está incluído nos gastos xerais

calculados. O propio recorrente cifra o importe do custo do traballador en 33.111,39 €/ano, cantidade que excede da contía de gastos xerais de cada un dos anos da licitación, polo que non semella que poda existir dúbida nungunha ao respecto.

Pero é que ademais, como ben desglosa o informe de avaliación do órgano de contratación, o licitador inclúe entre os seus gastos estruturais importes correspondentes a seguros e avais e fianzas, polo que os gastos de estrutura onde pretende o recorrente incluír ao traballador redúcense aínda máis. Ante esta evidencia, non cabe aceptar como se argumenta no recurso que o custo dese persoal se asuman tamén con cargo á porcentaxe de beneficio industrial. Primeiro, porque iso é contrario á propia argumentación do recorrente no estudo de viabilidade presentado de que ese custo está asumido como gasto estrutural da empresa; e segundo, porque esa redución do xa escaso beneficio estimado polo licitador na súa proposta (do 1%) e tendo en conta o importe dos gastos en seguros e avais indicados, determina que a proposta sexa entendida, como fixo o órgano de contratación, como inviable. Ao que debemos sumar que a existencia dese beneficio ao que agora o recorrente pretende renunciar é precisamente o fundamento do seu motivo de recurso analizando anteriormente.

Debemos igualmente facer referencia a que os pregos supoñen a lei do contrato e, como tales, obrigan aos licitadores e ao órgano de contratación por ser firmes e consentidos, e a eles tamén debe referirse neste momento este Tribunal na súa análise. Así, como se sinala no informe de avaliación da viabilidade da oferta que foi aceptado pola mesa de contratación e como indicamos anteriormente nesta resolución, tanto o PCAP como o PPT obrigaban non só á subrogación do persoal senón tamén a *“mantener en todo caso los puestos de trabajo”*, polo que a súa argumentación achegada para defender a viabilidade da súa oferta de que se prescinde dun posto de traballo non resulta conforme co contido dos pregos.

Todo o cal determina que este Tribunal deba desestimar os argumentos do recurso, non podendo advertir na decisión de exclusión da oferta a falta da debida motivación alegada no recurso, nin motivo que determine a súa invalidez.

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

1. Inadmitir e, en todo caso, desestimar os recursos interpostos por GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.A. e por SETEC BUILDING S.L.U, contra o acordo do 26.09.2018 da mesa de contratación, recurso 110/2018, e contra a adxudicación, recurso 120/2018, do contrato de prestación do servizo público de abastecemento domiciliario de auga potable, rede de sumidoiros e depuración primaria, expediente 52/2018, do Concello de San Cibrao das Viñas.

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.