

**Recurso nº 110 y 120/2018 (acumulados)**

**Resolución nº 111/2018**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. D.G.C. actuando en nombre y representación de GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, S.A. y por D. P.R.P. en el de SETEC BUILDING, S.L.U., contra el acuerdo del 26.09.2018 de la mesa de contratación, recurso 110/2018, y contra la adjudicación, recurso 120/2018, del contrato de prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración primaria, expediente 52/2018, del Ayuntamiento de San Cibrao das Viñas, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Ayuntamiento de San Cibrao das Viñas se convocó la licitación del contrato de prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración primaria (fosas sépticas), con un valor estimado declarado de 5.078.946,72 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el Perfil del contratante en el Ayuntamiento, en el BOE de 3.3.2018, en el DOG de 5.3.2018 y enviado al DOUE el 27.2.2018, con publicación el 3.3.2018.

**Segundo.-** Según el expediente de la licitación, el contrato se califica como contrato administrativo de servicios, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva

2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 y en los artículos 5.1, 10 y 19.1.a) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante), por considerar que no existe traslación del riesgo operacional al empresario prestador del servicio.

**Tercero.-** El 22.10.2018 GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, S.A. y SETEC BUILDING, S.L.U., en escrito conjunto, (GLOBAL-SETEC en adelante) interpusieron recurso especial en materia de contratación a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal, contra acuerdo del 26.09.2018 de la mesa de contratación, siendo el mismo numerado como recurso 110/2018.

El 08.11.2018, GLOBAL-SETEC presenta formulario telemático de interposición de nuevo recurso especial, este contra el acuerdo de adjudicación de 15.10.2018 a favor de ESPINA Y DELFIN S.L, notificado el 17.10.2018, y por lo tanto en plazo, que mereció el número 120/2018.

En base al artículo artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Pública, procede acumular los recursos 110/2018 y 120/2018 a efectos de su resolución conjunta.

**Cuarto.-** Con fecha 23.10.2018 se reclamó al Ayuntamiento de San Cibrao das Viñas el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), en relación al recurso 110/2018, recibida en este Tribunal el día 25.10.2018.

Dado que en ese expediente remitido por el Ayuntamiento aparecía documentado un acuerdo de la Junta de Gobierno Local del 28.09.2018 donde su primer acuerdo era excluir de la licitación la oferta presentada por GLOBAL OMNIUM MEDIO AMBIENTE, S.A. y SETEC BUILDING, S.L.U., sin que apreciáramos, prima facie, la difusión o notificación del mismo, al amparo del artículo 88.1 de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, de aplicación según el artículo 56.1 LCSP, dimos traslado de esto al recurrente y al Ayuntamiento para que en plazo de 15 días hábiles formularan las alegaciones que estimaran oportunas sobre esa documentación y la información que la misma alegaba. Tal trámite fue comunicado el 26.10.2018, y por lo que se refiere al recurrente éste accedió a tal notificación electrónica el mismo 26 de octubre. El resultado de tal trámite fue que no se recibieron alegaciones.

El 09.11.2018 se solicitó al Ayuntamiento el informe y expediente referido al recurso 120/2018, siendo recibido el 20.11.2018.

**Quinto.-** Se trasladó el recurso 110/2018 a los interesados con fecha 20.11.2018 y el 21.11.2018 respecto del recurso 120/2018, recibéndose las alegaciones de la empresa ESPINA & DELFÍN S.L.

**Sexto.-** En el seno del recurso 110/2018 el TACGal acordó la medida cautelar de suspensión el 29.10.2018. El 15.11.2018 acordó el mantenimiento de la suspensión derivada del artículo 53 LCSP, respecto del recurso 120/2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Tercero.-** Siendo el recurrente aquel cuya oferta fue excluida, cabe atribuirle la legitimación ad procesum a este recurso especial.

**Cuarto.-** Antes de adentrarnos en más cuestiones de este recurso, debemos hacer un análisis de lo sucedido tramitacionalmente, y los efectos cara la admisibilidad de la pretensión buscada de que se revoque la exclusión dictaminada por el Ayuntamiento, teniendo además en cuenta que ESPINA & DELFÍN S.L en sus alegaciones considera inadmisibles los recursos presentados.

Las recurrentes, GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, S.A. y SETEC BUILDING, S.L.U. (GLOBAL-SETEC, en adelante), presentaron su oferta bajo

compromiso de constituírse en Unión Temporal de Empresas (UTE). Los primeros recursos especiales presentados por estas empresas fueron para recurrir la decisión municipal de no admitir su oferta por entender que la oferta había sido presentada extemporáneamente, lo cual fue revocado por Resolución TACGal 15/2018, que resuelve los recursos acumulados 16 y 20/2018.

Una vez incorporada entonces su oferta al procedimiento en base a esto, la misma fue excluida tras apreciar que tal proposición era anormalmente baja, lo cual también fue impugnado por GLOBAL-SETEC ante este TACGal.

Este Tribunal analizó el procedimiento habido para esa exclusión, y, sin ánimo de ser aquí exhaustivo, comprobó que el órgano de contratación no había adoptado en sí mismo una decisión de exclusión, sino que sólo había un informe técnico, una asunción del mismo por la mesa de contratación, y la posterior adjudicación sin tener ya por partícipe en la licitación a GLOBAL-SETEC, pero sin decisión en sí del órgano de contratación sobre la exclusión, lo cual no era admisible. Así, expresábamos: *“que no hubo, en sí, una decisión formal y expresamente adoptada de exclusión de la oferta de la recurrente por baja anormal o desproporcionada, por el órgano a quien le corresponde la misma, y por directa consecuencia, una decisión del competente, motivada.”*. Además también apreciamos que *“en el informe técnico provincial existen también problemáticas a destacar, relevantes dada la nuclear posición que tuvo el mismo en esta licitación”*.

Por lo tanto, la Resolución TACGal 57/2018 estimó parcialmente el recurso con esta referencia:

*“Todas las problemáticas descritas obligan a este Tribunal a anular la exclusión de la oferta de los recurrentes acaecida en esta licitación y así como el subsiguiente acuerdo de adjudicación, decretando la retroacción al momento de la solicitud del informe técnico previsto en el artículo 152.3 TRLCSP de evaluación de la justificación de la oferta presentada por GLOBAL-SETEC, para que una vez evacuado se continúe con el procedimiento legalmente previsto.”*

Lo que se nos presenta ahora es lo sucedido con posterioridad a tal estimación parcial, donde observamos lo siguiente.

En primer lugar, que en el recurso 110/2018 lo que se recurre es lo acaecido en la mesa de contratación del 26.09.2018. Precisamente es esa acta el documento acompañado con ese recurso especial para cumplimentar el mandato del artículo

51.1.c) LCSP de aportar “c) *La copia o traslado del acto expreso que se recurra, la indicación del expediente en que haya recaído o del boletín oficial o perfil de contratante en que se haya publicado*”. Queda claro esto, además, porque y en todo momento se refieren como actuación impugnada a la de la mesa, no un acuerdo de la Junta de Gobierno Local.

Pues bien, si acudimos a esa acta de la sesión de la mesa de contratación de 26.09.2018 lo que se lee es que están simplemente a proponer al órgano de contratación la exclusión de la oferta de GLOBAL-SETEC, precisamente en plena coherencia con lo recogido en nuestra Resolución TACGal donde aludíamos a que la decisión debía ser del órgano de contratación. También es coherente con esa concepción de que era una mera propuesta que no se había dado información sobre los recursos posibles, como acto de trámite no susceptible de estos que era. Recoge tal acta literalmente el término propuesta y que se eleva al órgano de contratación: “*la Mesa de contratación...acuerda por unanimidad proponer al Órgano de Contratación: a) La exclusión de la oferta....*”.

Por lo tanto, lo que nos encontramos en el recurso 110/2018 es la impugnación de una mera propuesta de exclusión de la mesa de contratación, pero no de la decisión de exclusión como tal.

El recurrente, en varios pasajes, ya describe esa actuación de la mesa como de mera propuesta de exclusión, por lo que parece que era de su conocimiento que tal era la dimensión de lo ahí sucedido. Así sucede en el folio 1 del texto de su recurso numerado como 110/2018, que alude a que en esa mesa “*se propone la exclusión de nuestra oferta..*”. Además, en esa presentación del recurso, en el formulario telemático FA900A previsto para esta interposición, en la parte a completar sobre “*descripción del acto y licitación que se recurre*”, el recurrente escribe: “*Recurso especial frente nueva propuesta de exclusión de nuestra oferta...*”. Finalmente, en la impugnación que numeramos como recurso 120/2018, el texto del recurrente vuelve a aludir a lo sucedido en esa mesa, y a describirla como de “*Propuesta de exclusión de nuestra oferta*”.

El texto del recurso 110/2018 busca justificar la admisibilidad del mismo en que el artículo 40.2.b) TRLCSP alude a la posibilidad de interponer el recurso especial contra actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

Ante todo, en los recursos ya presentados por esta licitadora en este mismo procedimiento expresamos que la tramitación del recurso especial se sometía a la LCSP 9/2017, por aplicación de su disposición transitoria primera (fundamento segundo de las Resoluciones TACGal 15/2018 y 57/2018), por lo que no es correcta la cita del TRLCSP.

Ahora bien, situados como debemos en el artículo 44.2.b) LCSP 9/2017, hay que explicar que es impugnabile lo resuelto por las mesas de contratación cuando son éstas las que acuerdan la exclusión (como sucede por ejemplo, en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o artículo 22.1.d) del Real Decreto 81/2009), no cuando ese acuerdo recae en otra instancia decisoria y la mesa sólo traslada una propuesta.

Aquí estábamos ante una mera propuesta de la mesa, que debía ser seguida de la decisión del órgano de contratación, siendo el acuerdo de este último el que abría el recurso especial contra la exclusión. La conclusión es que, en sí misma, la propuesta de exclusión de la mesa de contratación de 26.09.2018 no daba acceso al recurso especial.

Hacemos nuestra la explicación que se recoge en la Resolución 88/2018 del 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 adquiera 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 fundamenta la propuesta.”*

Apuntar, además, que si partiéramos de la fecha de la mesa a la que asistieron representantes de GLOBAL-SETEC, del 26.09.2018, el recurso 110/2018 no estaría dentro de plazo. Sólo si partimos de la posición más favorable al recurrente de la fecha de publicación de esa acta en el perfil del contratante, el 28.09.2018, estaría dentro de los 15 días para el recurso especial, lo que hacemos aquí sin decretar por esto una extemporaneidad, la cual haría difícil una pervivencia automática del recurso 120/2018, que por sí sólo apenas aporta la carga argumentativa exigida para acoger una pretensión revocatoria.

Si avanzamos entonces, y acudimos a la impugnación de GLOBAL-SETEC numerada como recurso 120/2018, observamos que lo que ahí se impugna es el acuerdo de adjudicación en sí mismo, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 15.10.2018. Para esta impugnación el recurrente utiliza ese formulario de interposición telemática del recurso especial FA900A, de manera que es presentado como nuevo recurso y así fue tramitado, sin perjuicio de la acumulación para la resolución conjunta.

En todo caso, lo relevante para lo que nos ocupa es observar que ese escrito tampoco impugna el acto en sí que decide la exclusión, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28.08.2018, sino un ya posterior acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 15.10.2018, de adjudicación.

Pues bien, de existir un acto expreso decidiendo la exclusión – no de mera propuesta- no cabe dejar pasar los plazos para esa impugnación, para entender que cabe también hacerlo respecto al acto de adjudicación (así recogido, entre muchas otras, en la Resolución 676/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), pues no es concebible que existan sucesivas oportunidades de impugnar la misma decisión.

Por lo tanto, nos resta analizar lo sucedido con lo que lo fue la decisión en sí de exclusión, adoptada por la Junta de Gobierno Local de 28.08.2018. Recordemos que en la Resolución TACGal 57/2018 hubo una prolija y explicación de que el proceso sobre ofertas anormalmente bajas debe culminar con un acuerdo expreso, no de la mesa, sino del órgano de contratación, por lo que poca confusión podía haber al respecto cuando además la literalidad del acta de 26.08.2018 recoge expresamente el término propuesta cara al órgano de contratación, la Junta de Gobierno Local aquí.

Añadir en este punto que el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28.08.2018 fue además explícito en cuanto que era el que, efectivamente, decidía la exclusión. Por lo tanto, en base a lo dicho, era este el acto a recurrir para buscar la revocación de la exclusión de la oferta de GLOBAL-SETEC, sin que ni en el recurso 110/2018 ni en el recurso 120/2018 aparezca el mismo como lo impugnado. De hecho, en este período temporal, la recurrente solicitó, el 25.10.2018, a este TACGal una documentación sobre los recursos 60 y 65/2018 (acumulados), y en ese escrito se expresaba que faltaba la resolución expresa de exclusión y que sólo había una propuesta de la mesa, lo que denota su entendimiento de que la decisión de exclusión debería tener otro acto diferente a la mera proposición de la mesa, como así sucedió. Entonces, lo que procede estudiar ahora es si el acuerdo de exclusión de 28.08.2018 llegó a ser del ser conocimiento del recurrente.

Lo que observó este Tribunal cuando recibe el expediente en el informe 110/2018 es que, efectivamente, existe ese acuerdo de 28.08.2018 de exclusión por el órgano de contratación, sin que hubiéramos apreciado, prima facie, la difusión o notificación del mismo, por lo que buscando la posición más garantista, al amparo del artículo 88.1 de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, de aplicación según el artículo 56.1 LCSP, dimos traslado de esto al recurrente y al Ayuntamiento para que en el plazo más amplio posible, precisamente el de 15 días hábiles, formularan las alegaciones que estimaran oportunas sobre esa documentación y la información que la misma alegaba, con acceso del recurrente a esta notificación electrónica – que adjuntaba el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28.08.2018- el mismo día que se puso a su disposición. Pues bien, no se recibió ninguna respuesta al respecto.

Finalmente, en el expediente remitido con el recurso 120/2018 aparece que ese acuerdo de exclusión de 28.08.2018 fue finalmente notificado por el Ayuntamiento, si bien el 30.10.2018, aportándose justificante de notificación electrónica donde aparece con estado de recibida en esa misma fecha. También fue publicado en el Perfil del contratante del Ayuntamiento ese 30.10.2018. Tampoco hubo en base a esto una

presentación en sí de un recurso especial contra esta decisión, por lo que se convirtió en un acto firme para el ahora recurrente.

Tras todo esto, lo que sucede es que se presenta, el 08.11.2018, la impugnación contra la adjudicación, sin referencia ninguna a ese acuerdo de exclusión de la Junta de Gobierno Local de 28.08.2018, cuando ya había habido todos estos actos de traslación del mismo.

Por último, la notificación que se hizo de ese acuerdo de 28.08.2018 era lo que daba posibilidad de recurso, si bien de forma imprecisa pues recoge una referencia cara a un recurso de reposición y no cara a este recurso especial. Esto, que en otros casos podría suponer un óbice a efectos de la inadmisibilidad del recurso especial, estimamos que en el presente supuesto no puede ser lo que obvie que no se llegara a impugnar este acuerdo, por cuanto que no se nos aparece como razonable considerar que no era de conocimiento de este recurrente que había aquí la vía impugnatoria del recurso especial, cuando en esta misma licitación los integrantes de esta UTE GLOBAL-SETEC interpusieron hasta seis recursos especiales: los recursos 16 y 20/2018 (acumulados en la Resolución nº15/2018), los recursos 60/2018 y 65/2018 (acumulados en la Resolución nº 57/2018) y los presentes recursos 110/2018 y 120/2018. En todo caso, tampoco nos consta en lo remitido que hubiera un recurso de reposición que denotara simplemente un error en la vía escogida.

Por lo tanto, lo que resulta es que, estando constatado que hubo conocimiento del recurrente del acuerdo explícito de exclusión de la Junta de Gobierno Local de 28.08.2018 y que el mismo no fue en sí impugnado a pesar de los episodios que hubo para esto, no cabe admitir unos recursos presentados contra la mera proposición de la mesa y contra la adjudicación. Lo aquí descrito no puede ser superado por una concepción antiformalista de este recurso en las circunstancias aludidas del caso que ocupa, que llegue a que suplamos lo que debe corresponder nuclearmente a un recurrente: la impugnación del concreto acto donde se decide lo que se pretende revocar.

**Quinto.-** En todo caso, y para agotar los argumentos del debate, nos referiremos a los motivos de impugnación alegados en el recurso.

El órgano de contratación se fundamenta de manera principal en dos argumentos para considerar la oferta como inviable y proceder a la exclusión del recurrente. El primero de ellos, es que según la propia justificación presentada, el

sumatorio de los resultados anuales reflejados para los cuatro años de contrato ofrece una cuantía negativa, por lo que el contrato no es viable, ya que el licitador elaboró sus cálculos a un período de seis años, siendo la duración del contrato de cuatro, más otros dos años de posibles prórrogas.

ESPINA & DELFÍN S.L. en sus alegaciones reitera la validez y motivación de los argumentos expuestos en el informe que rechazó la viabilidad de la oferta de la recurrente.

El recurrente, por el contrario, señala que dadas las características de esta licitación, en las que el Ayuntamiento aporta una cantidad complementaria para financiar el servicio, lo que recoge ese resultado al que se refiere el órgano de contratación no es su resultado empresarial, sino la necesaria suma 0 consecuencia del importe deficitario del servicio y la 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 una ganancia del concepto BI en el estudio económico de su oferta”.*

La justificación de la oferta económica presentada por la adjudicataria hace un análisis de los ingresos y costes previstos en comparación con los incluidos en la memoria de explotación y demás datos de la licitación, incluyendo en la página 18 del documento justificativo un cuadro resumen en el que se fundamenta el objeto del debate a analizar en este fundamento jurídico.

Lo primero que debemos señalar es efectivamente la incorrecta configuración que el licitador hace de su análisis justificativo, ya que en el mismo, para demostrar la viabilidad de la oferta, establece una periodicidad de la licitación de seis años, y sobre ese período fija sus cálculos que se reflejan en su *“tabla de desarrollo de la evolución del contrato”*.

Pues bien, según la cláusula 7 del 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”*

Por lo tanto, el plazo de duración del contrato es de 4 años, no de 6 como señala el recurrente en su estudio, estableciéndose únicamente la posibilidad de prórrogas anuales que en ningún caso dependen de la mera voluntad del adjudicatario.

Esto ya se pone de manifiesto en el informe de análisis aceptado por la mesa de contratación, en el que se indica al respecto:

*“La cuestión es que el contrato es de cuatro (4) años, con una duración máxima de seis (6), pero la viabilidad debe analizarse para los cuatro (4) años de contrato (único período contractual cierto).”*

Este erróneo cómputo del período de la licitación tiene efectos relevantes en los cálculos presentados por el licitador. Así, si bien podría no tener incidencia significativa en los costes fijos y variables calculados, en el caso de la amortización de las inversiones esa diferencia de años sí adquiere una importancia sustancial. Según los propios cálculos presentados por la adjudicataria en su tabla de evolución, esa amortización asciende a la cuantía de 21.083,33€ anuales, cantidad que ascendería a los 31.625€ de computarse correctamente el período de amortización. Esta diferencia de 10.541,67€ por sí misma ya es superior al beneficio industrial anual estimado por el propio licitador.

El órgano de contratación argumenta que el propio documento del recurrente ya refleja un resultado negativo para esos cuatro años que demuestra la inviabilidad del contrato, algo a lo que se opone el recurrente.

Pues bien, sobre esta cuestión formal podríamos admitir la argumentación del recurso, ya que un mero análisis económico de la tabla justificativa permite apreciar con claridad que, con anterioridad al *“resultado del contrato”* al que se refiere el órgano, aparece efectivamente indicado un beneficio empresarial anual así como los demás costes e ingresos estimados, siendo ese resultado del contrato únicamente por consecuencia de la aplicación del imponerte a abonar por el Ayuntamiento como consecuencia del déficit previsto en el servicio, una vez imputados ya los resultados empresariales, que la licitadora en este caso estima positivos.

Con todo, este aspecto formal no desvirtúa el fondo del argumento del órgano de contratación para entender como no acreditada la viabilidad de la oferta presentada, y

que se refiere a la incorrecta estimación del período contractual, algo que, como ya indicamos, necesariamente determina apreciar como incorrectos los cálculos presentados.

En este sentido, no se puede estimar el genérico argumento de la recurrente de que esas posibles pérdidas en la prestación del servicio serían “*cubiertas por resultados positivos y acreditados en el resto de su actividad*” ajena a esta licitación.

Si bien es doctrina de los Tribunales administrativos que puede ser admisible que un licitador renuncie a obtener un beneficio económico directo en una licitación, y así lo ha indicado este Tribunal, es preciso señalar que eso supone una excepción, y no la regla general a la hora de participar en una licitación pública. Y como tal, exige una argumentación de su justificación y de las circunstancias en las que se produce esa renuncia a un beneficio por parte de quien alega esa excepción, para permitir así al órgano de contratación apreciar su coherencia, entendiendo que una oferta presentada con la previsión de que supondrá un perjuicio económico a quien la realiza no se aproxima, *prima facie*, a una consideración inicial de viabilidad.

Así, en nuestra Resolución 53/2018 ya señalábamos al respecto que:

*“En todo caso, sobre la renuncia al beneficio económico, significar que en la Resolución TACGal 25/2018 expresábamos:*

*“Esta doctrina consolidada del TACRC es congruente con la general fijada por los diversos Tribunales administrativos respecto a la valoración de las ofertas, admitiendo, por ejemplo, la viabilidad de ofertas con un precio de cero euros en alguna prestación”*

*Por todas, en la Resolución TACRC 379/2014 ya se recogía:*

*“...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.”*

Entender lo contrario, es decir, admitir que la existencia de incongruencias en la justificación económica aportada que determinarían la inviabilidad de una oferta, podan ser simplemente y en todo caso amparadas por una genérica referencia a que se asumirían por la licitadora las posibles pérdidas existentes, supondría vaciar de contenido a propia justificación a aportar por un licitador que presentó una oferta desproporcionada y el necesario análisis que el órgano debe efectuar sobre a misma, y determinaría la irrelevancia del trámite legal previsto al efecto.

El segundo argumento del órgano de contratación determinante de la exclusión se refiere a que los pliegos obligan en la cláusula 27 del PCAP y en la 3 del PPT a mantener *“en todo caso los puestos de trabajo...y a subrogar a los trabajadores”*, algo que se bien formalmente se aceptó por el licitador no se refleja en su estudio económico en el que incluye cuatro puestos, en lugar de los cinco a los que estaría obligado en base al PCAP.

El recurrente se oponen a este argumento indicando que, si bien subroga a los 5 trabajadores, entiende que son únicamente necesarios cuatro para la prestación del contrato, por lo que imputa el coste de uno de ellos al apartado de gastos generales de la empresa.

Pues bien, ya anteriormente este Tribunal se pronunció al respecto de la imputación de los gastos de personal como gastos estructurales de la empresa y, así, en nuestra Resolución 69/2018 ya indicábamos que:

*“En primer lugar, hace falta señalar que, con carácter general, este Tribunal no estima correcto distribuir los costes de personal entre diversas partidas económicas. Los gastos de personal es un apartado concreto y diferenciado, por lo que es este el apartado natural para los costes de esa dimensión. En un supuesto como el presente, el hecho de que determinado personal adscrito a la ejecución del contrato tenga o no su origen en un deber de subrogación en nada afecta a su propia naturaleza. En la oferta de la adjudicataria tampoco se diferencia en apartados globales diferentes entre un y otro personal, por lo que imputar en el estudio económico una parte de esos gastos como costes indirectos no parece formalmente lo más idóneo.”*

Pero como señala el recurrente, lo relevante a efectos de evaluar la viabilidad de la oferta no es el concreto apartado donde se reflejan los gastos, sino si realmente los

mismos aparecen o no imputados en el estudio de costes presentado y, de lo contrario, la relevancia que esa deficiencia pudiera tener en el resultado económico de la oferta.

En este aspecto, tanto del estudio de viabilidad como del propio texto del recurso resulta con claridad que el coste de ese personal no está incluido en los gastos generales calculados. El propio recurrente cifra el importe del coste del trabajador en 33.111,39 €/año, cantidad que excede de la cuantía de gastos generales de cada uno de los años de la licitación, por lo que no parece que pueda existir duda ninguna al respecto.

Pero es que además, como bien desglosa el informe de evaluación del órgano de contratación, el licitador incluye entre sus gastos estructurales importes correspondientes a seguros y avales y fianzas, por lo que los gastos de estructura donde pretende el recurrente incluir al trabajador se reducen aún más. Ante esta evidencia, no cabe aceptar como se argumenta en el recurso que el coste de ese personal se asuma también con cargo al porcentaje de beneficio industrial. Primero, porque eso es contrario a la propia argumentación del recurrente en el estudio de viabilidad presentado de que ese coste está asumido como gasto estructural de la empresa; y segundo, porque esa reducción del ya escaso beneficio estimado por el licitador en su propuesta (del 1%) y teniendo en cuenta el importe de los gastos en seguros y avales indicados, determina que la propuesta sea entendida, como hizo el órgano de contratación, como inviable. A lo que debemos sumar que la existencia de ese beneficio al que ahora el recurrente pretende renunciar es precisamente el fundamento de su motivo de recurso analizando anteriormente.

Debemos igualmente hacer referencia a que los pliegos suponen la ley del contrato y, como tales, obligan a los licitadores y al órgano de contratación por ser firmes y consentidos, y a ellos también debe referirse hoy por hoy este Tribunal en su análisis. Así, como se señala en el informe de evaluación de la viabilidad de la oferta que fue aceptado por la mesa de contratación y como indicamos anteriormente en esta resolución, tanto el PCAP como el PPT obligaban no sólo a la subrogación del personal sino también a *“mantener en todo caso los puestos de trabajo”*, por lo que su argumentación aportada para defender la viabilidad de su oferta de que se prescindía de un puesto de trabajo no resulta conforme con el contenido de los pliegos.

Todo lo cual determina que este Tribunal deba desestimar los argumentos del recurso, no pudiendo advertir en la decisión de exclusión de la oferta la falta de la debida motivación alegada en el recurso, ni motivo que determine su invalidez.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. Inadmitir y, en todo caso, desestimar los recursos interpuestos por GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, S.A. y por SETEC BUILDING, S.L.U., contra el acuerdo del 26.09.2018 de la mesa de contratación, recurso 110/2018, y contra la adjudicación, recurso 120/2018, del contrato de prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración primaria, expediente 52/2018, del Ayuntamiento de San Cibrao das Viñas.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

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

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.