

Recurso nº 110, 113 e 120/2019 (acumulados)**Resolución nº 119/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 27 de maio de 2019.

VISTOS os recursos especiais en materia de contratación interpostos por ÁNGEL ROADE S.L. (recurso 110/2019), por CLECE S.A (recurso 113/2019) e por MONCOBRA S.A (recurso 120/2019) contra a adxudicación, polo Concello da Coruña, dun contrato de servizo de mantemento de mercados municipais, expediente 525/2018/15, 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 da Coruña convocouse a licitación do contrato servizo de mantemento de mercados municipais, expediente 525/2018/15, cun valor estimado declarado de 2.040.000 euros.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma está sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro.

Terceiro.- O 03.05.2019 ÁNGEL ROADE S.L (recurso 110/2019), o 06.05.2019 CLECE (recurso 113/2019) e o 09.05.2019 MONCOBRA S.A. (recurso 120/2019) interpuxeron recursos especiais en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin.

Cuarto.- Con data 06.05.2019 reclamouse ao Concello da Coruña os expedientes 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) dos recursos 110 e 113/2019 e o 09.05.2019, do recurso 120/2019. A documentación foi recibida neste Tribunal o día 13.05.2019. Posteriormente pediuse un complemento de expediente, que foi remitido.

Ao abeiro do artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas, o 14.05.2019 o TACGal resolveu acumular os referidos recursos.

Quinto.- Trasladáronse os recursos aos interesados con data 14.05.2019, sen que se recibiran alegacións.

Sexto.- O TACGal acordou a medida cautelar de suspensión deste procedemento.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis 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 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP en adiante), o presente recurso tramitouse conforme aos 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.

Nas Resolucións 20, 25, 29 e 129/2018 expresouse que o feito de que a licitación estea sometida ao TRLCSP, non significa que o recurso especial se tramite ao abeiro desa lei. Así, o TACGal considerou que de estarmos perante a impugnación dunha actuación posterior á entrada en vigor da LCSP 9/2017, o cal sucedeu o

08.03.2018, o recurso especial se tramitaría ao abeiro desta última por mandato da súa Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP.

Terceiro.- Os recorrentes foron licitadores neste procedemento de adxudicación, e sobre as súas ofertas apreciose que eran anormalmente baixas, sendo aquí o discutido, polo que teñen lexitimación.

Cuarto.- Non se cuestiona que os recursos 110 e 113/ 2019 están en prazo, o cal certamente é así.

No referido ao recurso 120/2019 o órgano de contratación alega a súa extemporaneidade. Agora ben, tendo en conta que debemos resolver sobre a inexistencia dun acordo de exclusión adoptado polo órgano de contratación, argumento que, de ser estimado, determinaría necesariamente a anulación do acordo de adxudicación e retroacción xeneralizada do procedemento a tal fin, e tendo en conta o que ao respecto se desenvolverá nesta resolución, non procede acoller a cuestión exposta.

Quinto.- Impúgnase a acordo de adxudicación nun contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, polo que os recursos son admisibles ao abeiro do artigo 44 LCSP.

Sexto.- En primeiro lugar non é improcedente apuntar, como fai o recurso 110/2019, que segundo alude xa o PCAP, esta licitación está sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRL CSP, en adelante).

Os recursos 110 e 113/2019 expresan que non se tramitou correctamente o procedemento referido ás ofertas anormalmente baixas, polo que esta é a primeira cuestión a tratar.

O recurso 110/2019 recolle que:

“2º. No consta la resolución de exclusión de la oferta del recurrente dictada por órgano competente.

Según consta en el informe complementario de 21 de enero de 2019 no se admitieron las justificaciones de las bajas "según informe del Servicio de Edificación de 19 de diciembre de 2018". No consta por lo tanto resolución de la Mesa de

Contratación (ni del órgano de contratación) de exclusión de oferta, resolución que de proceder. debió ser notificada a esta parte con posibilidad de recurso contra la misma. lo que vicia de nulidad todo el procedimiento a partir del informe de 19 de diciembre de 2018. “

O recurso 113/2019, na mesma liña apunta:

“Lo primero sobre lo que tenemos que llamar la atención de este Tribunal es que en el presente procedimiento de licitación no ha habido acto administrativo por el que se acuerde la exclusión de la oferta de CLECE, S.A., ni del resto de las licitadoras excluidas, sino que, como ya hemos explicado, en base a sendos informes técnicos que deciden excluir a varios licitadores, la Junta de Gobierno Local decide directamente adjudicar el contrato a FERROVIAL SERVICIOS, S.A., sin hacer siquiera mención a la exclusión de CLECE, S.A. ni a las de las demás licitadoras excluidas.”

Sobre a cuestión da tramitación das ofertas anormalmente baixas dixemos na nosa Resolución TACGal 57/2018 (precisamente ao abeiro do TRLCSP):

“Do visto sobre esta tramitación da baixa de GLOBAL-SETEC, son dous os aspectos sobre os que debemos chamar a atención.

O primeiro deles é que este TACGal observa 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.

Así, o que hai é un informe dos servizos técnicos da Deputación que remata expresando “O que lle traslado a mesa de contratación para o seu superior criterio”, seguido dunha reunión da mesa de contratación onde se expresa que se procede a examinar tal informe e que remata expresando que a mesa considera que “no se justifica debidamente por GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, SA y SETEC BUILDING, SLU que su oferta pueda ser cumplida y el servicio prestado en las condiciones y plazos previstos”. Se observamos esa acta, se alude a que o acordo adoptado é o de propoñer como adxudicatario a ESPINA Y DELFIN.

Seguidamente, actúa entón a Xunta de Goberno Local para os trámites destinados á adxudicación do contrato a ESPINA Y DELFÍN, pero cuxos acordos tampouco aluden literal e expresamente a que acordaran a exclusión da oferta de GLOBAL-SECTEC, se ben xa non menciona esta cando clasifica as ofertas polo que, de facto, foi excluída pero sen referencia á decisión ao respecto.

Lembremos que artigo 152 TRLCSP menciona que debe haber unha decisión de exclusión como tal (sexa autónoma, sexa inserto na resolución de adxudicación), e quen debe adoptala:

“3. Cando se identifique unha proposición que poida ser considerada desproporcionada ou anormal, deberá darse audiencia ao licitador que a presentara para que xustifique a valoración da oferta e precise as condicións da mesma, en particular no que se refire ao aforro que permita o procedemento de execución do contrato, as solucións técnicas adoptadas e as condicións excepcionalmente favorables de que dispoña para executar a prestación, a orixinalidade das prestacións propostas, o respecto das disposicións relativas á protección do emprego e as condicións de traballo vixentes no lugar en que se vaia a realizar a prestación, ou a posible obtención dunha axuda de Estado.

No procedemento deberá solicitarse o asesoramento técnico do servizo correspondente.

(...)

4. Se o órgano de contratación, considerando a xustificación efectuada polo licitador e os informes mencionados no apartado anterior, estimase que a oferta non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados, excluíraa da clasificación e acordará a adxudicación a favor da proposición economicamente máis vantaxosa, de acordo coa orde en que fosen clasificadas conforme ao sinalado no apartado 1 do artigo anterior.”

Observamos entón como, se ben debe haber un asesoramento técnico, a decisión de exclusión é do órgano de contratación, e así debe expresalo tal órgano. Na Resolución TACGal 13/2018 describíase :

“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. Evidentemente nin as alegacións mencionadas nin os informes teñen carácter vinculante para o órgano de contratación, que debe valorar adecuadamente ambos e adoptar a súa decisión con base neles”

A estes efectos, a mesa pode propoñer, pero a a decisión de exclusión é do órgano de contratación, como reitera o artigo 22.1.f) do Real Decreto 817/2009:

“Artículo 22. Funciones de las mesas de contratación.

1. Sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones complementarias, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación:

(...)

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo”

Este TACGal admite que a motivación desa decisión da exclusión poida ser “in aliunde”, por remisión a este informe técnico, pero sen que isto implique equiparalo a unha ausencia de decisión exteriorizada polo competente. Por todas, Resolución TACGal 14/2018:

“O mesmo sucede coa resolución que finalmente decreta a exclusión. Se ben podía ser máis desenvolta no seu contido, é admitido por Tribunais de recursos contractuais, como o TARCJA, na Resolución citada, a TACRC na Resolución 187/2018 ou o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón no Acordo 99/2017– todas moi recentes, como vemos–, por citar algunha, a posibilidade dunha motivación “in aliunde”, por remisión a un informe técnico que se cita e foi remitido ao recorrente (aquí por correo electrónico o 20.4.2018), polo que non hai, en definitiva, indefensión causante de invalidez.”

Unha vez detectada a ausencia dunha decisión expresa de exclusión do órgano de contratación, hai que significar que esta irregularidade non pode actuar como óbice da procedibilidade da acción do recorrente, pois de facto foi excluído realmente, senón como defecto da tramitación habida e da súa motivación, pois se podería concluír que o centro decisorio foi entón o informe técnico en si, transcendendo entón do seu papel de asesoramento.

(...)

Neste sentido lembrar que o trámite aberto foi o previsto para coas baixas con presunción de anormalidade ou desproporción, polo que sobre tal institución é sobre o que debe versar á análise, cunha motivación suficiente e con conclusións para co que o TRLCSP esixe determinar. Ulteriormente debe existir unha decisión final do órgano de contratación. Lembramos que este non está vinculado polo que eses informes recolleran, de aí a necesidade de que exista tal decisión formal e materialmente, coa súa motivación, sexa pola vía “in aliunde”, no caso de estar de acordo con aquel informe técnico, facendo entón que ese informe técnico chegue ao afectado, todo isto completado coa información dos recursos que caiban.”

Que o camiño aberto no caso de apreciar que unha oferta está en presunción de anormalidade debe rematar cun acordo do órgano de contratación que decrete, de ser así, a exclusión, ven recollido no TRLCSP no artigo 152.4 – como xa foi explicado nesa Resolución TACGal reproducida-, e agora, na LCSP, no artigo 149.6 LCSP, sen que a mesa de contratación poida exceder do que é unha proposta pola súa parte.

Por exemplo, o Informe 4/2018 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias tras analizar tanto o TRLCSP coma a actual LCSP, recolle en varias ocasións:

“En cuanto al competente para decidir su exclusión, de los preceptos citados se deduce que no es la mesa de contratación sino el órgano de contratación.

(...)

Como se ha puesto de manifiesto, la Mesa de contratación propone su admisión o su rechazo de la oferta anormal y es el órgano de contratación quien, a la vista de la documentación remitida toma la decisión de su admisión o no.

CONCLUSIÓN

(...)

2.- Corresponde a los órganos de contratación la aceptación o rechazo de la oferta que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, siendo función de la mesa de contratación efectuar la correspondiente propuesta debidamente fundamentada de aceptación o exclusión.”

Pois ben, o órgano de contratación non traslada a este TACGal ningún acto dese órgano de contratación que expresamente recollera a decisión de exclusión das recorrentes, con indicación de recursos. Unha cousa é que a motivación sexa in aliunde e outra que non conste adoptada, como tal, a decisión de exclusión polo órgano de contratación.

De feito, o que observamos na textualidade que consta no expediente é que a decisión foi adoptada pola mesa de contratación, o cal contravén o que estamos a explicar. Así, na sesión da mesa de contratación de 17.01.2019 o que se le é: *“La Mesa de Contratación...acuerda la exclusión de las ofertas presentadas por Ángel Roade S.L, Moncroba S.A y Clece S.A, al no admitirse la justificación de la no temeridad de sus ofertas”*. É máis, na sesión da mesa de 31.01.2019 ratifícase que a decisión da exclusión xa foi adoptada -por tal mesa entón-, ao expresar: *“una vez acordada la exclusión de Clece S.A, Moncroba S.A y Ángel Roade S.L,...”*

Polo tanto, debemos estimar parcialmente os recursos para que, con anulación do acordo de adxudicación, se proceda á retroacción necesaria neste procedemento de adxudicación co fin de que en tal procedemento exista unha decisión do órgano de contratación, a que corresponda no seu caso, respecto as ofertas sobre as que se apreciou que podían estar en situación de baixa anormal, sen que poidamos pronunciarnos entón sobre o resto de alegacións formuladas.

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

1. **Estimar parcialmente** os recursos interpostos por ÁNGEL ROADE S.L (recurso 110/2019), por CLECE S.A (recurso 113/2019) e por MONCOBRA S.A (recurso 120/2019) contra a adxudicación, polo Concello da Coruña, dun contrato de servizo de mantemento de mercados municipais, expediente 525/2018/15.

2. Levantar as suspensións acordadas no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

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 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.