

Recurso nº 110, 113 y 120/2019 (acumulados)**Resolución nº 119/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por ÁNGEL ROADE S.L. (recurso 110/2019), por CLECE S.A. (recurso 113/2019) y por MONCOBRA S.A. (recurso 120/2019) contra la adjudicación, por el Ayuntamiento de A Coruña, de un contrato de servicio de mantenimiento de mercados municipales, expediente 525/2018/15, 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 A Coruña se convocó la licitación del contrato servicio de mantenimiento de mercados municipales, expediente 525/2018/15, con un valor estimado declarado de 2.040.000 euros.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma está sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Tercero.- El 03.05.2019 ÁNGEL ROADE S.L (recurso 110/2019), el 06.05.2019 CLECE (recurso 113/2019) y el 09.05.2019 MONCOBRA S.A. (recurso 120/2019) interpusieron recursos especiales en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin.

Cuarto.- Con fecha 06.05.2019 se reclamó al Ayuntamiento de A Coruña los expedientes 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) de los recursos 110 y 113/2019 y el 09.05.2019, del recurso 120/2019. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 13.05.2019. Posteriormente se pidió un complemento de expediente, que fue remitido.

Al amparo del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, el 14.05.2019 el TACGal resolvió acumular los referidos recursos.

Quinto.- Se trasladaron los recursos a los interesados con fecha 14.05.2019, sin que se hubieran recibido alegaciones.

Sexto.- El TACGal acordó la medida cautelar de suspensión de este procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis 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 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP en adelante), el presente recurso se tramitó conforme a 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 el 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.

En las Resoluciones 20, 25, 29 y 129/2018 se expresó que el hecho de que la licitación esté sometida al TRLCSP, no significa que el recurso especial se tramite al amparo de esa ley. Así, el TACGal consideró que de estar ante la impugnación de una actuación posterior a la entrada en vigor de la LCSP 9/2017, lo cual sucedió el

08.03.2018, el recurso especial se tramitaría al amparo de esta última por mandato de su Disposición Transitoria Primera.4 LCSP.

Tercero.- Los recurrentes fueron licitadores en este procedimiento de adjudicación, y sobre sus ofertas se apreció que eran anormalmente bajas, siendo aquí lo discutido, por lo que tienen legitimación.

Cuarto.- No se cuestiona que los recursos 110 y 113/ 2019 están en plazo, lo cual ciertamente es así.

En lo referido al recurso 120/2019 el órgano de contratación alega su extemporaneidad. Ahora bien, teniendo en cuenta que debemos resolver sobre la inexistencia de un acuerdo de exclusión adoptado por el órgano de contratación, argumento que, de ser estimado, determinaría necesariamente la anulación del acuerdo de adjudicación y retroacción generalizada del procedimiento a tal fin, y teniendo en cuenta lo que al respecto se desarrollará en esta resolución, no procede acoger la cuestión expuesta.

Quinto.- Se impugna el acuerdo de adjudicación en un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 €, por lo que los recursos son admisibles al amparo del artículo 44 LCSP.

Sexto.- En primer lugar no es improcedente apuntar, como hace el recurso 110/2019, que según alude ya el PCAP, esta licitación está sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP, en adelante).

Los recursos 110 y 113/2019 expresan que no se tramitó correctamente el procedimiento referido a las ofertas anormalmente bajas, por lo que esta es la primera cuestión a tratar.

El recurso 110/2019 recoge 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. “

El recurso 113/2019, en la misma línea 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 la cuestión de la tramitación de las ofertas anormalmente bajas dijimos en nuestra Resolución TACGal 57/2018 (precisamente al amparo del TRLCSP):

“De lo visto sobre esta tramitación de la baja de GLOBAL-SETEC, son dos los aspectos sobre los que debemos llamar la atención.

El primero de ellos es que este TACGal observa 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.

Así, lo que hay es un informe de los servicios técnicos de la Diputación que finaliza expresando “Lo que le traslado a la mesa de contratación para su superior criterio”, seguido de una reunión de la mesa de contratación donde se expresa que se procede a examinar tal informe y que termina expresando que la 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”. Si observamos esa acta, se alude a que el acuerdo adoptado es el de proponer como adjudicatario a ESPINA Y DELFIN.

Seguidamente, actúa entonces la Junta de Gobierno Local para los trámites destinados a la adjudicación del contrato a ESPINA Y DELFIN, pero cuyos acuerdos tampoco aluden literal y expresamente a que hubieran acordado la exclusión de la oferta de GLOBAL-SECTEC, si bien ya no menciona esta cuando clasifica las ofertas por lo que, de facto, fue excluida pero sin referencia a la decisión al respecto.

Recordemos que el artículo 152 TRLCSP menciona que debe haber una decisión de exclusión como tal (sea autónoma, sea inserto en la resolución de adjudicación), y quién debe adoptarla:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la hubiera presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

(...)

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimara que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que fueran clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior.”

Observamos entonces como, si bien debe haber un asesoramiento técnico, la decisión de exclusión es del órgano de contratación, y así debe expresarlo tal órgano. En la Resolución TACGal 13/2018 se describía :

“La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que debe sopesar las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe valorar adecuadamente ambos y adoptar su decisión con base en ellos”

A estos efectos, la mesa puede proponer, pero la decisión de exclusión es del órgano de contratación, como reitera el artículo 22.1.f) del 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 la motivación de esa decisión de la exclusión pueda ser “in aliunde”, por remisión a este informe técnico, pero sin que esto implique equipararlo a una ausencia de decisión exteriorizada por el competente. Por todas, Resolución TACGal 14/2018:

“Lo mismo sucede con la resolución que finalmente decreta la exclusión. Si bien podía ser más desarrollada en su contenido, es admitido por Tribunales de recursos contractuales, como el TARCJA, en la Resolución citada, la TACRC en la Resolución 187/2018 o el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 99/2017– todas muy recientes, como vemos-, por citar alguna, la posibilidad de una motivación “in aliunde”, por remisión a un informe técnico que se cita y fue remitido al recurrente (aquí por correo electrónico el 20.4.2018), por lo que no hay, en definitiva, indefensión causante de invalidez.”

Una vez detectada la ausencia de una decisión expresa de exclusión del órgano de contratación, hay que significar que esta irregularidad no puede actuar como óbice de la procedibilidad de la acción del recurrente, pues de facto fue excluido realmente, sino como defecto de la tramitación habida y de su motivación, pues se podría concluir que el centro decisorio fue entonces el informe técnico en sí, trascendiendo entonces de su papel de asesoramiento.

(...)

En este sentido recordar que el trámite abierto fue el previsto para con las bajas con presunción de anormalidad o desproporción, por lo que sobre tal institución es sobre lo que debe versar al análisis, con una motivación suficiente y con conclusiones para con lo que el TRLCSP exige determinar. Ulteriormente debe existir una decisión final del órgano de contratación. Recordamos que este no está vinculado por lo que esos informes hubieran recogido, de ahí la necesidad de que exista tal decisión formal y materialmente, con su motivación, sea por la vía “in aliunde”, en el caso de estar de acuerdo con aquel informe técnico, haciendo entonces que ese informe técnico llegue al afectado, todo esto completado con la información de los recursos que quepan.”

Que el camino abierto en el caso de apreciar que una oferta está en presunción de anormalidad debe terminar con un acuerdo del órgano de contratación que decrete, de ser así, la exclusión, viene recogido en el TRLCSP en el artículo 152.4 – como ya fue explicado en esa Resolución TACGal reproducida-, y ahora, en la LCSP, en el artículo 149.6 LCSP, sin que la mesa de contratación pueda exceder de lo que es una propuesta por su parte.

Por ejemplo, el Informe 4/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias tras analizar tanto el TRLCSP como la actual LCSP, recoge en varias ocasiones:

“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.”

Pues bien, el órgano de contratación no traslada a este TACGal ningún acto de ese órgano de contratación que expresamente hubiera recogido la decisión de exclusión de las recurrentes, con indicación de recursos. Una cosa es que la motivación sea in aliunde y otra que no conste adoptada, como tal, la decisión de exclusión por el órgano de contratación.

De hecho, lo que observamos en la textualidad que consta en el expediente es que la decisión fue adoptada por la mesa de contratación, lo cual contraviene lo que estamos explicando. Así, en la sesión de la mesa de contratación de 17.01.2019 lo que se lee es: *“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”*. Es más, en la sesión de la mesa de 31.01.2019 se ratifica que la decisión de la exclusión ya fue adoptada -por tal mesa entonces-, al expresar: *“una vez acordada la exclusión de Clece S.A, Moncroba S.A y Ángel Roade S.L,...”*

Por lo tanto, debemos estimar parcialmente los recursos para que, con anulación del acuerdo de adjudicación, se proceda a la retroacción necesaria en este procedimiento de adjudicación con el fin de que en tal procedimiento exista una decisión del órgano de contratación, la que corresponda en su caso, respecto a las ofertas sobre las que se apreció que podían estar en situación de baja anormal, sin que podamos pronunciarnos entonces sobre el resto de alegaciones formuladas.

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

1. **Estimar parcialmente** los recursos interpuestos por ÁNGEL ROADE S.L (recurso 110/2019), por CLECE S.A. (recurso 113/2019) y por MONCOBRA S.A. (recurso 120/2019) contra la adjudicación, por el Ayuntamiento de A Coruña, de un contrato de servicio de mantenimiento de mercados municipales, expediente 525/2018/15.

2. Levantar las suspensiones acordadas en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

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.