

Recursos nº 134/2018 e 135/2018 (acumulados)**Resolución nº 123/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 13 de decembro de 2018.

VISTOS os recurso especiais en materia de contratación interpostos por D. J.A.T.M. contra a decisión de exclusión da súa oferta, recurso 134/2018, e contra a resolución de adxudicación, recurso 135/2018, adoptadas no procedemento de licitación do sublote 16 do lote 3 do contrato de concesión de servizos de 255 cafeterías escolares da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria durante o curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria convocouse a licitación do contrato e concesión de servizos de 255 cafeterías escolares durante o curso 2018/2019, cun valor estimado declarado de 3.720.000,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOGA e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o día 17.07.2018.

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

Terceiro.- O recorrente impugna no recurso 134/2018 a decisión do órgano de contratación de excluír a súa oferta por entender que non xustificou a viabilidade da mesma no trámite concedido ao efecto. No recurso 135/2015 impugna o acordo de adxudicación á entidade MIXTIO RESTAURACIÓN S.L.

O actual recorrente xa interpuxera anterior recurso ante este TACGal contra a resolución de adxudicación, recurso que foi estimado por este Tribunal na nosa Resolución 96/2018 na que estimamos a impugnación e ordenamos retrotraer o procedemento aos efectos de que se culminase o procedemento previsto no artigo 149 da LCSP mediante resolución ditada por órgano competente.

Cuarto.- O día 22.11.2018 o recorrente interpuxo ambos recursos especiais en materia de contratación.

Neste punto é de interese significar que a información sobre o recurso especial que consta na notificación do acordo impugnado non é completa, ao citar unicamente que o mesmo se pode interpoñer ante o mesmo órgano que o ditou, limitando as opcións recollidas no artigo 51.3 LCSP -apuntar que ademais cita a posibilidade de interposición perante a mesa de contratación, o cal non está recollido nese artigo-. A estes efectos, destacamos a importancia da referencia á posible presentación directamente ante este Tribunal (para o que están habilitados enlaces para a presentación electrónica en <https://tacgal.xunta.gal/procedementos.html>), o cal tamén debe ser trasladado nesa información de impugnación que se subministra.

Quinto.- Con data 26.11.2018 reclamouse á Consellería de Educación, Universidade e F.P 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). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 30.11.2018..

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 03.12.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- Mediante Resolución do 26.11.2018 este TACGal acordou acumular nun único procedemento os dous recursos presentados.

Oitavo.- Este Tribunal mediante Resolución do 29.11.2019 acordou manter a suspensión do procedemento.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

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

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

Terceiro.- O recorrente foi excluído no procedemento de licitación e a súa impugnación pretende a revogación dese acordo e da posterior adxudicación, polo que a súa lexitimación é indubidable.

Cuarto.- O acto de exclusión foi notificado o día 31.10.2018 e o de adxudicación o 2.11.2018, polo que os recursos foron interpostos no prazo legal.

Quinto.- Ao tratarse da impugnación do acordo de adxudicación dunha licitación de concesión de servizos cun valor estimado superior a 3.000.000 euros, o recurso é admisible nese aspectos.

Sexto.- O recorrente impugna a resolución de exclusión xa que entende que no trámite concedido ao efecto xustificou suficientemente a viabilidade da súa oferta considerada desproporcionada. Argumenta que sendo o actual adxudicatario do servizo, os prezos dos produtos ofertados son superiores aos do ano anterior, o que xa de por si garante a viabilidade da proposta e critica a falta de motivación do acordo de exclusión.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse aos argumentos do recurso, indica que a resolución de exclusión se atopa suficientemente motivada e que a xustificación aportada polo licitador para garantir a viabilidade da súa oferta non foi suficiente.

Oitavo.- En canto ao fondo do asunto, non estando en cuestión a consideración polo órgano de contratación da oferta como anormal ou desproporcionada á vista do disposto no PCAP, o recurso fundaméntase en que o recorrente considera que demostrou axeitada e suficientemente que a dita oferta pode ser executada nos termos presentados.

Como apuntamos en numerosas Resolucións, a exclusión dunha oferta considerada desproporcionada non pode ser automática, senón que se debe valorar polo órgano de contratación se a mesma pode ser ou non cumprida e, para isto, recóllese legalmente a audiencia ao licitador antes da adopción da decisión de exclusión. Trátase dun trámite previsto aos efectos de conceder ao licitador o dereito a probar a viabilidade da súa proposta, podendo este aportar os datos que lle permitiron realizar a súa oferta concreta.

Consta neste caso acreditado e non se cuestiona pola recorrente que se seguiu o procedemento contradictorio establecido polo artigo 149 LCSP.

O PCAP na súa cláusula 11.2 sinala que:

“Consideraranse ofertas anormalmente baixas as que superen en 10 unidades ou máis na relación calidade-prezo da oferta, sumados os parámetros correspondentes á mellora do importe do canon a á rebaixa do prezo dos produtos do Anexo III.”

Sendo eses dous parámetros, o importe do canon ofertado e a rebaixa do prezo dos produtos, os que se tiñan en conta para apreciar a anormalidade da oferta, resulta que os únicos dous licitadores presentados recibiron a mesma puntuación no segundo deses aspectos, polo que resulta entón que a situación de anormalidade deriva unicamente da contía do canon ofertado.

Nese sentido, resulta especialmente relevante para este suposto concreto a resolver a escasa contía dos importes propostos. Así, o recorrente ofertou como canon un importe de 1.254€ anuais, cunha diferenza respecto ao outro licitador de 754€ anuais, o que nos da, referindo o curso escolar obxecto da licitación a dez meses, unha diferenza mensual de 75,40 euros.

Pero é que se analizamos a diferenza entre a súa proposta e o limiar de temeridade resulta que a mesma é de 64,96€ anuais, ou o que é o mesmo, 6,50€ mensuais.

Estes reducidos importes xa dificultan, de inicio, poder cualificar como inviable unha proposta na prestación dun servizo como o de cafetería.

O acordo de exclusión do licitador fundaméntase en que a documentación aportada *“non desglosa razoadamente os prezos e o canon ofertados en función da duración do contrato”* polo que *“resulta imposible calcular os custes previstos e, en consecuencia, confrontar custes con ingresos para determinar a viabilidade da oferta”*.

O recorrente na xustificación da súa oferta fai especial referencia a que incrementou os prezos correspondentes ao ano anterior, no que xa era adxudicatario do servizo, acompañando táboa xustificativa ao efecto, así como referencia a que realiza unha actividade económica complementaria e certificado de servizos prestados asinado polo secretario do centro educativo, no que consta que presta o servizo dende o curso 1999-2000 *“cos medios materiais e persoais necesarios”*.

Novamente, como sinalamos anteriormente ao respecto dos importes da licitación, as características do servizo para este caso concreto adquiren unha singular relevancia. Atopámonos ante a licitación da prestación do servizo de cafetería dun centro educativo, servizo non suxeito ás vicisitudes do mercado e no que a demanda é evidentemente moi ríxida, polo que o dato da subida de prezos respecto ao ano anterior non é intranscendente. Nese sentido, non cabería argumentar posibles dúbidas sobre a realidade dos prezos alegados xa que o servizo se presta en dependencias da Consellería licitadora.

E incrementados os prezos, non semella que a escasa entidade do canon proposto polo licitador poida determinar por si mesmo a inviabilidade da prestación do servizo.

Hai que ter en conta ademais que o órgano de contratación non se pronuncia ao respecto de se a contía económica ofertada é inviable, senón que centra a exclusión da proposición na escasa documentación xustificativa aportada polo licitador e, nese sentido, é consolidada a doutrina dos Tribunais Administrativos de recursos contractuais que sinalan que é obriga do licitador neste trámite prover dos argumentos que considere precisos para permitir ao órgano apreciar a viabilidade da súa proposta, pero non unha xustificación exhaustiva da mesma.

Por todo o antedito, apreciadas as circunstancias concretas do caso que se nos presenta, sendo o obxecto contractual o servizo de cafetería dun centro educativo e

xustificado polo licitador que se producirá un incremento nos seus ingresos pola subida de prezos nos produtos á venda e dada a escasa contía do canon ofertado, que lembremos supera o limiar de temeridade unicamente en 6,50€ mensuais, este TACGal non pode apreciar que a oferta presentada polo licitador sexa inviable.

Polo tanto, debemos anular a resolución de exclusión debendo procederse á retroacción deste procedemento e efectuar a clasificación segundo proceda das ofertas presentadas, incluída a do recorrente.

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

1. **Estimar** o recurso 134/2018 interposto por D. J.A.T.M. contra a decisión de exclusión da súa oferta e **inadmitir** por falta de obxecto o recurso 135/2018, relativos ao procedemento de licitación do sublote 16 do lote 3 do contrato de concesión de servizos de 255 cafeterías escolares da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria durante o curso 2018/2019, debendo procederse segundo o indicado no fundamento último desta resolución.

2. Levantar a suspensión acordada 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 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.