

Recursos nº 134/2018 y 135/2018 (acumulados)

Resolución nº 123/2018

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

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

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. J.A.T.M. contra la decisión de exclusión de su oferta, recurso 134/2018, y contra la resolución de adjudicación, recurso 135/2018, adoptadas en el procedimiento de licitación del sublote 16 del lote 3 del contrato de concesión de servicios de 255 cafeterías escolares de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria durante el curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019, 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 la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria se convocó la licitación del contrato y concesión de servicios de 255 cafeterías escolares durante el curso 2018/2019, con un valor estimado declarado de 3.720.000,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOGA y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el día 17.07.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP, en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna en el recurso 134/2018 la decisión del órgano de contratación de excluir su oferta por entender que no justificó la viabilidad de la misma en el trámite concedido al efecto. En el recurso 135/2015 impugna el acuerdo de adjudicación a la entidad MIXTIO RESTAURACIÓN, S.L.

El actual recurrente ya había interpuesto anterior recurso ante este TACGal contra la resolución de adjudicación, recurso que fue estimado por este Tribunal en nuestra Resolución 96/2018 en la que estimamos la impugnación y ordenamos retrotraer el procedimiento a los efectos de que se culminara el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP mediante resolución dictada por órgano competente.

Cuarto.- El día 22.11.2018 el recurrente interpuso ambos recursos especiales en materia de contratación.

En este punto es de interés significar que la información sobre el recurso especial que consta en la notificación del acuerdo impugnado no es completa, al citar únicamente que el mismo se puede interponer ante el mismo órgano que lo dictó, limitando las opciones recogidas en el artículo 51.3 LCSP -apuntar que además cita la posibilidad de interposición ante la mesa de contratación, lo cual no está recogido en ese artículo-. A estos efectos, destacamos la importancia de la referencia a la posible presentación directamente ante este Tribunal (para lo cual están habilitados enlaces para la presentación electrónica en <https://tacgal.xunta.gal/procedementos.html>), lo cual también debe ser trasladado en esa información de impugnación que se suministra.

Quinto.- Con fecha 26.11.2018 se reclamó a la Consellería de Educación, Universidad y F.P 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). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 30.11.2018..

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 03.12.2018, sin que se hubieran recibido alegaciones.

Séptimo.- Mediante Resolución del 26.11.2018 este TACGal acordó acumular en un único procedimiento los dos recursos presentados.

Octavo.- Este Tribunal mediante Resolución del 29.11.2019 acordó mantener la suspensión del procedimiento.

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.- 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 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.

Tercero.- El recurrente fue excluido en el procedimiento de licitación y su impugnación pretende la revocación de ese acuerdo y de la posterior adjudicación, por lo que su legitimación es indudable.

Cuarto.- El acto de exclusión fue notificado el día 31.10.2018 y el de adjudicación el 2.11.2018, por lo que los recursos fueron interpuestos en el plazo legal.

Quinto.- Al tratarse de la impugnación del acuerdo de adjudicación de una licitación de concesión de servicios con un valor estimado superior a 3.000.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- El recurrente impugna la resolución de exclusión ya que entiende que en el trámite concedido al efecto justificó suficientemente la viabilidad de su oferta considerada desproporcionada. Argumenta que siendo el actual adjudicatario del servicio, los precios de los productos ofertados son superiores a los del año anterior, lo que ya de por sí garantiza la viabilidad de la propuesta y critica la falta de motivación del acuerdo de exclusión.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone a los argumentos del recurso, indica que la resolución de exclusión se encuentra suficientemente motivada y que la justificación aportada por el licitador para garantizar la viabilidad de su oferta no fue suficiente.

Octavo.- En cuanto al fondo del asunto, no estando en cuestión la consideración por el órgano de contratación de la oferta como anormal o desproporcionada a la vista de lo dispuesto en el PCAP, el recurso se fundamenta en que el recurrente considera que demostró adecuada y suficientemente que dicha oferta puede ser ejecutada en los términos presentados.

Como apuntamos en numerosas Resoluciones, la exclusión de una oferta considerada desproporcionada no puede ser automática, sino que se debe valorar por el órgano de contratación si la misma puede ser o no cumplida y, para esto, se recoge legalmente la audiencia al licitador antes de la adopción de la decisión de exclusión. Se trata de un trámite previsto a los efectos de conceder al licitador el derecho a probar la viabilidad de su propuesta, pudiendo este aportar los datos que le permitieron realizar su oferta concreta.

Consta en este caso acreditado y no se cuestiona por la recurrente que se siguió el procedimiento contradictorio establecido por el artículo 149 LCSP.

El PCAP en su cláusula 11.2 señala que:

“Se considerarán ofertas anormalmente bajas las que superen en 10 unidades o más en la relación calidad-precio de la oferta, sumados los parámetros correspondientes a la mejora del importe del canon y a la rebaja del precio de los productos del Anexo III.”

Siendo esos dos parámetros, el importe del canon ofertado y la rebaja del precio de los productos, los que se tenían en cuenta para apreciar la anormalidad de la oferta, resulta que los únicos dos licitadores presentados recibieron la misma puntuación en el segundo de esos aspectos, por lo que resulta entonces que la situación de anormalidad deriva únicamente de la cuantía del canon ofertado.

En ese sentido, resulta especialmente relevante para este supuesto concreto a resolver la escasa cuantía de los importes propuestos. Así, el recurrente ofertó como canon un importe de 1.254€ anuales, con una diferencia respecto al otro licitador de 754€ anuales, lo que nos da, refiriendo el curso escolar objeto de la licitación a diez meses, una diferencia mensual de 75,40 euros.

Pero es que si analizamos la diferencia entre su propuesta y el umbral de temeridad resulta que la misma es de 64,96€ anuales, o lo que es lo mismo, 6,50€ mensuales.

Estos reducidos importes ya dificultan, de inicio, poder calificar como inviable una propuesta en la prestación de un servicio como el de cafetería.

El acuerdo de exclusión del licitador se fundamenta en que la documentación aportada *“no desglosa razonadamente los precios y el canon ofertados en función de la duración del contrato”* por lo que *“resulta imposible calcular los costes previstos y, en consecuencia, comparar costes con ingresos para determinar la viabilidad de la oferta”*.

El recurrente en la justificación de su oferta hace especial referencia a que incrementó los precios correspondientes al año anterior, en el que ya era adjudicatario del servicio, acompañando tabla justificativa al efecto, así como referencia a que realiza una actividad económica complementaria y certificado de servicios prestados firmado por el secretario del centro educativo, en el que consta que presta el servicio desde lo curso 1999-2000 *“con los medios materiales y personales necesarios”*.

Nuevamente, como señalamos anteriormente al respecto de los importes de la licitación, las características del servicio para este caso concreto adquieren una singular relevancia. Nos encontramos ante la licitación de la prestación del servicio de cafetería de un centro educativo, servicio no sujeto a las vicisitudes del mercado y en el que la demanda es evidentemente muy rígida, por lo que el dato de la subida de precios respecto al año anterior no es intrascendente. En ese sentido, no cabría argumentar posibles dudas sobre la realidad de los precios alegados ya que el servicio se presta en dependencias de la Consellería licitadora.

E incrementados los precios, no parece que la escasa entidad del canon propuesto por el licitador pueda determinar por sí mismo la inviabilidad de la prestación del servicio.

Hay que tener en cuenta además que el órgano de contratación no se pronuncia al respecto de si la cuantía económica ofertada es inviable, sino que centra la exclusión de la proposición en la escasa documentación justificativa aportada por el licitador y, en ese sentido, es consolidada la doctrina de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales que señalan que es deber del licitador en este trámite proveer de los argumentos que considere precisos para permitir al órgano apreciar la viabilidad de su propuesta, pero no una justificación exhaustiva de la misma.

Por todo lo antedicho, apreciadas las circunstancias concretas del caso que se nos presenta, siendo el objeto contractual el servicio de cafetería de un centro educativo y justificado por el licitador que se producirá un incremento en sus ingresos por la subida de precios en los productos a la venta y dada la escasa cuantía del canon ofertado, que recordemos supera el umbral de temeridad únicamente en 6,50€ mensuales, este TACGal no puede apreciar que la oferta presentada por el licitador sea inviable.

Por lo tanto, debemos anular la resolución de exclusión debiendo procederse a la retroacción de este procedimiento y efectuar la clasificación según proceda de las ofertas presentadas, incluida la del recurrente.

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

1. **Estimar** el recurso 134/2018 interpuesto por D. J.A.T.M. contra la decisión de exclusión de su oferta e **inadmitir** por falta de objeto el recurso 135/2018, relativos al procedimiento de licitación del sublote 16 del lote 3 del contrato de concesión de servicios de 255 cafeterías escolares de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria durante el curso 2018/2019, debiendo procederse según lo indicado en el fundamento último de esta resolución.

2. Levantar la suspensión acordada 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.