

Recurso nº 133/2019 e 140/2019**Resolución nº 135/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 11 de xuño de 2019.

VISTOS os recurso especiais en materia de contratación interpostos por dona M.R.C., recurso 133/2019, e por CALIXTO ESCARIZ S.L.U., recurso 140/2019, contra o acordo de adxudicación na contratación, mediante acordo marco con varios empresarios, do servizo de redacción dos documentos dos Plans Básicos Municipais (PBM), licitado pola Consellería de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio, expediente 16/2018 U, 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 Medio Ambiente e Ordenación do Territorio convocouse a licitación do contrato mediante acordo marco con varios empresarios para o servizo de redacción dos documentos dos Plans Básicos Municipais (PBM), cun valor estimado declarado de 2.483.511,84 euros.

Segundo.- O día 14.05.2019 dona M.R.C. e o 24.05.2019 CALIXTO ESCARIZ S.L.U. interpuxeron os seus recursos especiais en materia de contratación a través do formulario telemático existente a tal fin.

Terceiro.- Recibido o expediente e os informes sobre estes recursos, ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP), trasladouse os mesmos aos interesados. Respecto ao recurso

133/2019 recibíuse as alegacións de CALIXTO ESCARIZ S.L.U. e de J.G.C.T., e respecto do recurso 140/2019 as deste último.

Cuarto.- Ao abeiro do artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas, procede acumular ambos recursos para a súa resolución conxunta.

Quinto.- O 21.05.2019 acordouse manter a suspensión automática derivada do artigo 153 LCSP derivado no referido ao recurso 133/2019 e o 29.05.2019 a do recurso 140/2019.

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.- 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.

Terceiro.- O acordo impugnado adxudica o acordo marco ás dez empresas mellor clasificadas tras o procedemento de licitación, solicitándose nos recursos a exclusión dunha das empresas adxudicatarias.

A recorrente no recurso 133/2019 foi a clasificada en undécimo lugar segundo consta na acta da mesa de contratación de data 20.03.2019. CALIXTO ESCARIZ S.L.U. no recurso 140/2019 defende, pola súa parte, que a exclusión solicitada no recurso determinaría a necesidade dunha nova clasificación das ofertas en función do fixado no PCAP e que sería esa empresa a clasificada finalmente en décimo lugar e, polo tanto, adxudicataria. Este argumento é confirmado polo órgano de contratación.

Exposto así o debate, debemos sinalar que esa aludida nova clasificación das ofertas sería consecuencia dun acto da mesa de contratación que aínda non se produciu e que, en consecuencia non pode determinar a inadmisibilidade do recurso 133/2019, pois a estimación deste argumento suporía que este Tribunal se afastase do seu ámbito revisor e se atribuíse funcións que son propias da mesa de contratación, procedendo a unha clasificación das ofertas diferente á obrante no expediente.

Por outra parte, tamén debemos recoñecer que a empresa recorrente no recurso 140/2019 ostenta unha lexítima aspiración a ser adxudicataria de estimarse o recurso presentado, lexitimidade recoñecida expresamente neste procedemento impugnatorio polo órgano de contratación.

Todo o cal determina a admisibilidade de ambos recorrentes pois ostentan neste momento un interese lexítimo en mellorar a súa posición de estimarse a súa impugnación.

Cuarto.- Notificándose o acordo impugnado o día 10.05.2019, os recursos foron interpostos en prazo.

Quinto.- Ao impugnarse o acordo de adxudicación nun contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, o recurso é admisible.

Sexto.- Ambos recorrentes solicitan a exclusión do adxudicatario J.G.C.T. por entender que non xustificou de xeito adecuado a viabilidade da súa oferta, considerada inicialmente desproporcionada. Ao respecto, critican os distintos argumentos aportados polo adxudicatario nese trámite de xustificación, fundamentando a súa impugnación de xeito principal no seguinte:

- Que o feito de que os participantes no contrato pertencen ao ámbito académico non é unha excepción ao seu dereito a ser retribuídos pola súa actividade. Entende así o recurso 133/2019 que *“el hecho que se admita como causa de justificación que el licitador no remunere a sus colaboradores por pertenecer estos al ámbito académico vulneraría el principio de igualdad”*, non podendo ampararse a baixa en que non existen prezos estipulados para esta actividade profesional.

Neste mesmo sentido, o recurso 140/2019 entende que se produciría un incumprimento da normativa laboral e que resultaría un prezo inferior ao de mercado.

- Que a experiencia en tarefas previas do adxudicatario nun ámbito similar ao do servizo licitado non supoñen unha vantaxe competitiva nin xustifican un aforro significativo de custos, engadindo o recurso 140/2019 que este é un aspecto a valorar unicamente para apreciar a solvencia do licitador.

- Que ese aforro tampouco se produce pola redución na estimación de gastos xerais por non ter estrutura empresarial, xa que ese aforro sinala o recurso 133/2019 tamén o puideron ter en conta outros licitadores nas súas ofertas. O recurso 140/2019 estende esta mesma argumentación a outros aspectos da xustificación do adxudicatario, como a falta de prezos fixos ou a inexistencia de incertezas na execución contractual.

O informe do órgano de contratación solicita a desestimación do recurso, destacando que a *“baixa é de escasa entidade, tendo en conta que o valor estimado é a suma dos importes dun total de 37 figuras de plans básicos municipais”*.

Debemos comezar facendo referencia á nosa doutrina en relación coa xustificación da baixas desproporcionadas, indicada xa en numerosas resolucións anteriores deste TACGal. Na Resolución TACGal 14/2018 dimos conta da doutrina consolidada existente ao respecto, con referencias, entre outras, a que:

“ - O artigo 152 do TRLCSP habilita para que os pregos poidan establecer límites que permitan apreciar, no seu caso, que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados. A superación de tales límites non permite excluír de maneira automática a proposición, dado que é precisa a audiencia do licitador a fin de que este poida xustificar que, non obstante os valores da súa proposición, si pode cumprir o contrato. Desta maneira, a superación dos límites fixados no prego configúrase como presunción de temeridade que debe destruírse polo licitador, correspondéndolle só a el a xustificación da súa proposición (Resolución 142/2013, do 10 de abril, con cita da 121/2013, do 23 de maio, ambas do TACRC).

- A apreciación de que a oferta ten valores anormais ou desproporcionados non é un fin en si mesmo, senón un indicio para establecer que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia diso. De acordo con iso, a apreciación de se é posible o cumprimento da proposición ou non debe ser consecuencia dunha

valoración dos diferentes elementos que concorren na oferta e das características da propia empresa licitadora, sen que sexa posible a súa aplicación automática (Resolución 240/2012 do TACRC).

- 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 (Resolucións 24/2011, do 9 de febreiro, 72/2012, do 21 de marzo, ou 121/2012, do 23 de maio).

- Na Resolución 142/2013 do TACRC indícase que aínda admitindo que a forma normal de actuar no mundo empresarial non é facelo presumindo que se sufrirán perdas como consecuencia dunha determinada operación, situación esta que só se produciría se aceptamos os cálculos de custos da recorrente, é claro tamén que entre as motivacións do empresario para emprender un determinado negocio non só se contemplan as específicas dese negocio concreto, senón que é razoable admitir que para establecer o resultado de cada contrato, fágase unha avaliación conxunta cos restantes negocios celebrados pola empresa e que, analizado desde esta perspectiva, poida apreciarse que produce un resultado favorable (Resolucións 24/2011, xa citada, e 303/2011, do 7 de decembro de 2011, do TACRC).”

Rematabamos indicando que o poder adxudicador goza dunha considerable marxe no procedemento de apreciación da viabilidade dunha oferta, en virtude da súa discrecionalidade técnica. Sinala así o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa recente Resolución 202/2019:

“De lo expuesto resulta por tanto que, por parte de ADIF, se cumplimentó el trámite del artículo 149 de la LCSP, previsto para que el órgano de contratación pueda, tras las alegaciones formuladas por el licitador cuya oferta está incurso en temeridad, comprobar, o no, si la misma es válida para la ejecución de la prestación objeto del contrato en los términos en los que está establecido en los pliegos.

Acreditado este extremo, no cabe ahora sino que proceder a analizar el carácter fundado o no de la decisión de exclusión, es decir, comprobar si la misma ha sido arbitraria o si por el contrario ha sido dictada dentro del margen de discrecionalidad del que goza el órgano de contratación, ..”

Como mostra do que é unha doutrina uniforme, podemos tamén citar a Resolución 83/2018 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi, cando explica:

“A juicio de este OARC / KEAO, esta conclusión está suficientemente soportada. En materia de apreciación de la anormalidad de una proposición, el poder adjudicador goza de un amplio margen de discrecionalidad cuyos límites son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables y el seguimiento de los principios generales del TRLCSP, especialmente el de igualdad y no discriminación (ver, por todas, la Resolución 62/2016 del OARC / KEAO), límites que en este caso se han respetado.”

Tamén falando das decisións sobre as ofertas anormalmente baixas, a igualmente recente Resolución 66/2019 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid:

“En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.”

Os recorrentes fundamentan o seu recurso, como vimos, en indicar que ningún dos argumentos presentados polo adxudicatario como xustificación da viabilidade da súa oferta permiten chegar a esa conclusión, centrándose de xeito principal na incorrección que supón non remunerar aos participantes no contrato, ou facelo en condicións ilegais.

Sen embargo, esa conclusión do recurso 133/2019 de falta de retribución non se extrae da literalidade da xustificación presentada polo adxudicatario, nin semella que a mesma se poida interpretar nese sentido. Así, na dita xustificación sinálase que o feito de que diversos participantes no contrato pertencen ao ámbito académico *“permite que la retribución meramente económica ... sea inferior a la que estén dispuestos a percibir otros profesionales que no desarrollen carrera en el ámbito académico”*, argumento que non resulta ilóxico na súa formulación e que expresamente indica, ao contrario do indicado pola recorrente, que si existirá unha retribución, se ben inferior á que se pode considerar habitual.

No mesmo sentido, non permite deducir que supoña unha necesaria vulneración da normativa laboral. Así, o recurso 140/2019, a pesar de sinalar en diversas ocasións que se estaría a incumprir esa normativa, non nos mostra un só dato a ese respecto, máis aínda cando o propio recorrente recoñece, e tamén o órgano de contratación no seu informe, que nos atopamos ante a retribución de profesionais autónomos.

Igualmente, o feito de que os participantes pertencen ao ámbito académico non pode determinar por si mesmo unha causa de exclusión, como pretende o recurso 140/2019 ao ligalo a que os prezos ofertados son, por esa circunstancia, inferiores aos de mercado. Así, o que se debe analizar neste trámite de xustificación da oferta é se a proposta do licitador é economicamente viable nos termos en que foi formulada e, nese sentido, non é intranscendente o argumento do adxudicatario de poder ofertar un prezo inferior polo feito de realizar outras actividades económicas, sen que caiba presumir incumprimentos da normativa laboral ou de incompatibilidades que non son, nin sequera, minimamente xustificadas polos recorrentes.

O resto de críticas realizadas nos escritos de impugnación tampouco permiten desvirtuar o criterio razoado do órgano de contratación ao aceptar a xustificación presentada. Sinalamos pola súa relevancia para esta resolución esas conclusións expresadas no informe que analiza a xustificación da oferta:

“Dos argumentos expostos, os catro primeiros supoñen, en suma, unha vantaxe competitiva do licitador en relación coa resta das ofertas presentadas. O feito de non estar regulados os prezos e tratarse dun equipo de profesionais autónomos, cunha dedicación académica legalmente compatible, permite que as tarifas dos citados profesionais sexan máis económicas, por considerar que parte do rédito do traballo é de índole académica. Ao que se lle suma que a estrutura laboral do equipo non cargue con gastos xerais, estipulados nun 13%, por non tratarse dunha sociedade mercantil.

De entre estes, resulta salientable o argumento terceiro, xa que ven a amosar o largo coñecemento e o traballo implementado polo licitador en boa parte do territorio a ordenar mediante a figura de PBM, o que implica que, parte das tarefas a desenvolver para varios dos concellos, xa están iniciadas ou abordadas puntualmente dalgún xeito, en particular, no que afecta ao traballo de campo, o que minora os custes a afrontar.

Tocante ao quinto argumento, aínda que recolle circunstancias equivalentes para todos os equipos presentados, cómpre salientar o seu contido, particularmente debido a que a figura urbanística de PBM é nova no noso corpo lexislativo, tanto a

nivel autonómico como nacional. Esta circunstancia, colócanos ante un escenario no que existe un certo risco e ventura á hora de prever o transcurso tanto dos traballos a desenvolver, como dos trámites requiridos para esta nova figura. Logo, hai unha indeterminación dos imponderables posibles durante a tramitación do PBM, dos que depende a rendabilidade da proposta económica, xa que os fitos de pago van vinculados a actos administrativos da citada tramitación. Neste caso, o licitador apunta razóns que, a priori, son certas e non rebatibles, que lle facultan a estimar que a empresa a desenvolver pode ser abordada con menores custos que as outras figuras de planeamento xeral coñecidas. En concreto, sobre a tramitación directa pola administración autonómica, conta cun exemplo próximo no tempo e dunha notable maior envergadura, tal é o caso do Plan Básico Autonómico, que afecta a totalidade do territorio da Comunidade Autónoma, no que a tramitación completa (na que se inclúe o trámite ambiental ordinario e non simplificado, como se prevé para os PBM) foi de tan so 12 meses. Este dato obxectivo, pódenos levar a presupoñer que, igualmente, no caso dos PBM a administración autonómica terá o mesmo interese e impulso de aprobar definitivamente no menor tempo posible. Por outra banda, non é menos certo que os concellos nos que se prevé a redacción de PBM son obxectivamente pouco complexos dende o punto de vista urbanístico, polo que unha das máis habituais razóns de demora na aprobación de planeamento xeral, desaparece.

En cifras, trátase dunha diferenza de 78.822,38 €, no marco dun orzamento de licitación de 2.483.511,84 €, a repercutir sobre un total de 37 figuras de PBM; o que supón unha cantidade de 2.130,33 € por concello, de consideralos equivalentes en costes. Por outra banda, é factible presupoñer que, tratándose dun acordo marco, o licitador no seu caso, podería ser adxudicatario tan so dunha parte dos PBM dos concellos que serán obxecto dos contratos derivados, o que, implica un menor impacto da baixa económica proposta.

A vista do anterior, unha vez analizada a información e documentación aportadas, non se observa risco inaceptable de inexecución do contrato e, enténdese viable a oferta presentada que, pola súa cuantía, ademais resulta vantaxosa economicamente para a administración e o interese xeral”

Nada do indicado nos recursos desvirtúa esas consideracións, nin mostra ante este Tribunal erro ou arbitrariedade nas conclusións alcanzadas polo órgano de contratación, fundamentadas tanto na concreta oferta do recorrente como en relación coas condicións propias desta licitación, todas elas cunha aparencia de verosimilitude que non é superada polos recorrentes. De feito, o recurso 133/2019 alega unha vulneración do principio de igualdade por fundamentar a oferta “*en una figura próxima*

a un convenio”, algo que nin sequera indirectamente aparece referido na xustificación presentada polo adxudicatario.

Lembremos que nese trámite previsto no artigo 149 LCSP o licitador debe prover de argumentos ao órgano de contratación para xustificar que pode cumprir a súa oferta e, nese sentido, aspectos como a condición dos colaboradores, a experiencia previa en traballos similares e o aforro pola inexistencia ou irrelevancia na oferta de gastos xerais empresariais -que no orzamento da licitación ascenden á moi relevante cifra de 322.856,41 euros- son argumentos razoados e que foron valorados polo órgano de contratación, sen que os recorrentes mostren argumentos que permitan a este Tribunal, na súa función revisora, determinar que a conclusión do órgano de contratación é contraria ao ordenamento xurídico.

Así, en relación coa valoración da experiencia do adxudicatario criticada no recurso 140/2019, xa indicabamos na nosa Resolución 69/2018 que a mesma pode ser un criterio a analizar respecto á viabilidade dunha oferta:

“A este respecto, xa sinalamos en anteriores resolucións que o licitador incurso e presunción de temeridade pode aportar aqueles argumentos que considere oportunos en defensa da viabilidade da súa oferta. Nese sentido, non é ilóxico que o coñecemento que como empresa poida ter das prestacións a levar a cabo no contrato poida ser posto de manifesto ante o órgano de contratación a estes efectos. Así é admitido polos Tribunais de recursos contractuais nas súas resolucións (por todas, Resolución do TACRC 623/2017 e do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 81/2018).”

Ademais, o órgano de contratación resalta no seu informe a estes recursos o xa indicado na análise da xustificación presentada ao respecto das concretas e especiais características desta nova figura urbanística dos plans básicos municipais, argumentos xa reproducidos, coherentes coa decisión de aceptar a viabilidade da oferta e nin sequera criticados nos recursos presentados.

Finalmente o recurso 133/2019 alega que o acordo de adxudicación incumpre o previsto no artigo 149.7 por non explicitar mecanismos de control na execución contractual, se ben a mera lectura dese apartado non semella esixir, senón incluso o contrario, que eses mecanismos deban facerse constar obrigatoriamente no acordo de adxudicación.

Todo o cal determina que debamos desestimar os recursos presentados.

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

1. **Desestimar** os recursos interposto por dona M.R.C., recurso 133/2019, e por CALIXTO ESCARIZ S.L.U., recurso 140/2019, contra o acordo de adjudicación na contratación, mediante acordo marco con varios empresarios, do servizo de redacción dos documentos dos Plans Básicos Municipais (PBM), licitado pola Consellería de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio, expediente 16/2018 U.

2. Levantar as suspensións acordadas no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

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.