

Recurso nº 148/2019**Resolución nº 140/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por JARDINERÍA ARCE, S.L. contra o acordo do Concello de Ferrol polo que exclúe a súa oferta na contratación dun servizo de mantemento e reparación dos campos de deportes de céspede artificial e as áreas de influencia dese Concello e polo que se declara deserta a licitación, expediente AH 05004 18/16, 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 de Ferrol convocouse a licitación para o servizo de mantemento e reparación dos campos de deportes de céspede artificial e as áreas de influencia dese Concello e polo que se declara deserta a licitación, expediente AH 05004 18/16, cun valor estimado declarado de 290.895,07 euros.

Segundo.- O 28.05.2019 JARDINERÍA ARCE,SL. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin.

Terceiro.- Recibiuse 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), no que non constan terceiros interesados.

Cuarto.- Este Tribunal en sesión do 04.06.2019 adoptou a medida cautelar de suspensión do 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.- 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.- Sendo a oferta do recorrente a excluída, ten lexitimación.

Cuarto.- O acordo impugnado foi notificado o 06.05.2019 polo que o recurso foi interposto en prazo.

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

Sexto.- O Acordo da Xunta de Goberno Local de 29.04.2019 establece:

“Primeiro.- EXCLUIR a oferta da empresa JARDINER[A ARCE SL, tendo en conta que incorre en valores anormais e non xustifica a viabilidade da súa oferta segundo se desprende do informe técnico de data 8/04/2019.

• Segundo.- Considerando que a oferta de JARDINER[A ARCE SL, resultou a única oferta presentada, DECLARAR DESERTO o procedemento de licitación do “SERVIZO DE MANTEMENTO E REPARACIÓN DE CAMPOS DE DEPORTE DE CÉSPEDE ARTIFICIAL” (AVH 0500418/16)”.

Neste sentido JARDINERÍA ARCE, S.L. era o único licitador, pero sobre a súa oferta se apreciou anormalidade. Como describe o acordo impugnado, na sesión

celebrada en data 11.04.2019 deuse conta, en primeiro lugar, do informe técnico que en data 26.02.2019 emite a técnica municipal e no que, en aplicación dos criterios recollidos nos pregos que rexen a licitación para a valoración do sobre 3, identifica a temeridade na que incorre a oferta presentada pola empresa JARDINERÍA ARCE SL por ser inferior ao orzamento base de licitación en máis de 25 unidades porcentuais.

Tras audiencia á recorrente, o informe de 08.04.2019 da técnica municipal expresa, na descrición que do mesmo fai o acordo impugnado:

“A empresa xustifica a oferta do seguinte xeito:

Consegue aforro no seu proceder porque:

- Trátase dunha empresa con máis de 25 anos de antigüidade que desenvolve os seus labores na zona noroeste da provincia da Coruña, con gran volume de medios propios valorados en máis de 3 millóns de euros e con 82 traballadores.*

- Conta con ampla experiencia en obras e mantemento de instalacións deportivas, parques e xardíns e áreas de xogo, o persoal ten experiencia, conta con relacións longas e estables con provedores e subcontratistas, polo que pode optimizar recursos e obter descontos. Pode conseguir descontos de ata o 50% en materiais.*

- Conta con clasificación en diversos apartados útiles para o servizo.*

- Conta con instalacións propias, maquinaria amortizada e persoal con experiencia nos labores propios do contrato.*

- O feito de executar diversos contratos de natureza similar en zonas preto de Ferro! permite unha mellor xestión dos recursos humanos para casos puntuais.*

- A empresa conta con materiais en stock.*

- Tamén conta con:*

- Unha nave de 500 m2 en Meicende con oficina, almacéns, garaxe e taller de carpintería e pintado de madeira.*

- Unha finca de 5.000 m2 cunha nave de 700 m2 en Sada con oficina para xerente e técnicos e taller de maquinaria.*

- *Persoal técnico que planifica os traballos, reduce os tempos e recursos e xestiona as garantías.*

- *Salvo avarías graves, a maquinaria repárase no taller propio*

- *A empresa presenta un estudo dos custos que lle levaría o contrato. Respecto do citado estudo de custos cabe indicar que:*

- *Os gastos de persoal toman como base os datos aplicables ao ano 2019 e soamente teñen en conta os mínimo esixidos polo prego. Se se ten en conta que o servizo ten un prazo de duración de dous anos prorrogables ata catro, os custos de persoal resultan insuficientes para todo o período de vixencia. Tamén resultarían insuficientes no caso de necesitar máis persoal do mínimo esixido.*

- *Os gastos de vehículos e maquinaria, salvo dous, todos resultan amortizados contando como gastos os de combustibles e aceites necesarios. Non se prevé a posible substitución de ningún.*

- *Os gastos en consumibles non teñen en conta o prezo das pinturas para protexer do óxido nin do lasur. Recollen os prezos de varios dos elementos materiais ofertados a maiores do prego, pero non todos.*

- *A empresa prevé un 5% de gastos xerais que supoñen uns 2.212,21 €, que podería ser axeitado para un contrato destas características.*

- *A empresa prevé un beneficio industrial do 1% que supoñen uns 442,44 €.*

Tendo en conta os datos achegados e a análise dos custos do servizo, se ben a empresa pode cumprir o indicado no prego, non resulta economicamente viable.

Dende o punto de vista técnico, propónse desestimar a oferta.”

Este criterio foi seguido pola mesa de contratación e, finalmente polo órgano de contratación, determinando a súa exclusión.

Sétimo.- Debemos comezar sinalando que este TACGal xa se pronunciou en anteriores Resolucións ao respecto da consolidada doutrina existente sobre as baixas anormais ou desproporcionadas.

Con cita na nosa Resolución 105/2018, podemos sinalar que 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, tras un procedemento contradictorio ao respecto. 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. Non se trata de que o licitador xustifique exhaustivamente a oferta desproporcionada, senón de prover de argumentos que permitan ao órgano de contratación chegar á convicción de que se pode levar a cabo.

Tampouco resulta necesario que por parte do licitador se proceda á unha total desagregación da oferta económica, nin a unha acreditación exhaustiva dos distintos compoñentes dela, senón que abonda con que ofrezca ao órgano de contratación argumentos que permitan explicar a viabilidade e seriedade da oferta, ao que engadir que os argumentos ou xustificacións achegados polo licitador deben ser máis profundos canto maior sexa a desproporción da oferta. Finalmente debe atribuírse ao poder adxudicador un amplo marxe na apreciación da temeridade, con límites como o erro, a arbitrariedade, etc...

O artigo 149 da LCSP establece ao respecto das baixas anormais un procedemento contradictorio para evitar que as ofertas desproporcionadas sexan rexeitadas sen comprobar previamente a súa viabilidade, permitindo ao licitador explicar os elementos que tivo en conta para configurar a súa oferta. Estes trámites teñen por obxecto evitar a arbitrariedade do poder adxudicador e garantir a axeitada competencia entre as empresas (Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Ademais, o propio artigo 149.4 fixa os parámetros nos que se debe desenvolver ese trámite:

4. Cando a mesa de contratación ou, na súa falta, o órgano de contratación identifique unha ou varias ofertas incursas en presunción de anormalidade, deberá requirir o licitador ou licitadores que as presentasen e darlles prazo suficiente para que xustifiquen e desagreguen, razoada e detalladamente, o baixo nivel dos prezos, ou dos custos, ou calquera outro parámetro con base no cal se definiu a

anormalidade da oferta, mediante a presentación daquela información e documentos que resulten pertinentes para estes efectos.

A petición de información que a mesa de contratación ou, na súa falta, o órgano de contratación dirixa ao licitador deberase formular con claridade, de maneira que estes estean en condicións de xustificar, plena e oportunamente, a viabilidade da oferta.

Concretamente, a mesa de contratación ou, na súa falta, o órgano de contratación poderá pedir xustificación a estes licitadores sobre aquelas condicións da oferta que sexan susceptibles de determinar o baixo nivel do prezo ou dos seus custos e, en particular, no que se refire aos seguintes valores:

a) O aforro que permita o procedemento de fabricación, os servizos prestados ou o método de construción.

b) As solucións técnicas adoptadas e as condicións excepcionalmente favorables de que dispoña para fornecer os produtos, prestar os servizos ou executar as obras,

c) A innovación e a orixinalidade das solucións propostas para subministrar os produtos, prestar os servizos ou executar as obras.

d) O respecto de obrigacións que resulten aplicables en materia ambiental, social ou laboral, e de subcontratación, pois non serán xustificables prezos por baixo de mercado ou que incumpran o establecido no artigo 201.

e) Ou a posible obtención dunha axuda de Estado.

No procedemento deberase solicitar o asesoramento técnico do servizo correspondente.

En todo caso, os órganos de contratación rexeitarán as ofertas se comprobán que son anormalmente baixas porque vulneran a normativa sobre subcontratación ou non cumpren as obrigacións aplicables en materia ambiental, social ou laboral, nacional ou internacional, incluído o incumprimento dos convenios colectivos sectoriais vixentes, en aplicación do establecido no artigo 201.

Entenderase, en todo caso, que a xustificación non explica satisfactoriamente o baixo nivel dos prezos ou custos propostos polo licitador cando esta sexa incompleta

ou se fundamente en hipóteses ou prácticas inadecuadas desde o punto de vista técnico, xurídico ou económico.

Consta no expediente que se cumpriron os trámites procedimentais previstos legalmente.

Pois ben, o primeiro que debemos destacar é que da oferta económica da recorrente resulta unha baixa do 32,28% respecto ao orzamento de licitación, cifra moi considerable e que necesariamente esixe un relevante nivel de xustificación ao respecto da viabilidade da proposta.

Como sinala o propio recorrente no seu escrito, nesta licitación o aspecto máis importante do orzamento ven determinado polos gastos de persoal. A este respecto, o informe técnico recollía:

“Os gastos de persoal toman como base os datos aplicables ao ano 2019 e soamente teñen en conta os mínimo esixidos polo prego. Se se ten en conta que o servizo ten un prazo de duración de dous anos prorrogables ata catro, os custos de persoal resultan insuficientes para todo o período de vixencia. Tamén resultarían insuficientes no caso de necesitar máis persoal do mínimo esixido.”

O recorrente argumenta que deberían terse en conta os gastos de persoal previstos para o ano 2018, pois foi cando se redactaron os documentos da licitación, alegación que non pode ser acollida por este Tribunal. O licitador, no trámite concedido ao efecto, debeu xustificar oportuna e suficientemente a súa oferta, e a mesma inclúe evidentemente todo o período contractual. Estando ante un servizo a prestar durante dous anos, o conxunto dos gastos tidos en conta polo licitador para formular a súa oferta lóxicamente non se poden referir exclusivamente ao ano no que ese servizo se licita, posto que a finalidade deste trámite é precisamente que poida prover de argumentos ao órgano de contratación para apreciar como viable a execución contractual.

Nese sentido, debemos entender como correcto que o informe técnico analice precisamente a repercusión na oferta das obrigas derivadas do incremento salarial fixado no convenio colectivo para o ano 2020.

O recorrente sinala ademais que o incremento en 777,76 euros nos custos salariais para ese ano derivado da aplicación do convenio colectivo pode asumirse con

cargo aos gastos xerais ou ao beneficio industrial previsto. Este argumento tampouco pode ser acollido.

O requirimento remitido ao licitador era claro ao indicar, de conformidade co establecido no artigo 149 LCSP, que o recorrente debía xustificar que os prezos ofertados respectaban os dereitos laborais “*concretamente en lo relativo a salarios*”, e dos datos da xustificación presentada resulta que a súa oferta non se axustaba ao establecido no convenio colectivo de aplicación. O requirimento era claro e concreto neste punto, sen que o recorrente dese o debido cumprimento ao mesmo, pois efectivamente recoñece nesta fase de recurso que os custos salariais por el estimados non dan cobertura ao incremento salarial pactado no convenio.

Pero debemos resaltar outro dato especialmente relevante respecto aos gastos de persoal, ao que tamén se refire o informe ao sinalar que resultaría insuficiente para o persoal previsto a maiores do mínimo esixido. Compre salientar que na oferta técnica do recorrente se recollía un considerable volume de persoal por enriba do mínimo esixido no prego do que non consta ningún custo imputado na xustificación da oferta presentada.

Sobre unha cuestión semellante xa se pronunciou este TACGal na nosa anterior Resolución 119/2018, na que indicabamos que:

“Se un licitador ao configurar a súa oferta técnica ofrece un determinado número de persoal a adscribir ao contrato obxecto da concesión, e polo tanto cunhas concretas funcións a desenvolver para a prestación do servizo, ese persoal necesaria e ineludiblemente debe ter un reflexo económico, xa que pola propia vontade do licitador está integrado na concesión de igual xeito que o resto de custos. Entender o contrario, é dicir, permitir que un licitador aporte como parte da súa oferta técnica e como criterio especificamente avaliable unhas determinadas prestacións -ben en número de persoal, ben calquera outra- que despois non consten cuantificadas na súa oferta económica, vulneraría a propia integridade da oferta e permitiría actuacións contrarias á libre competencia entre licitadores.”

Nese sentido se pronuncia a Sentenza 121/2017, de 16 de marzo de 2017, da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que expresamente sinala que:

“hay que señalar que en la partida más importante, que es la de personal, ya que representa el 82,7% del coste anual antes del IVA, no se incluye el denominado personal indirecto, con la explicación de que su coste es asumido por la estructura de

la empresa, exclusión que no es admisible, puesto que en la parte que corresponda sí tiene que ser repercutido sobre el precio del contrato”.

Tamén o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid na súa Resolución 185/2016:

“Esas actividades aunque vayan a prestarse por la empresa con medios propios, ajenos al contrato, deben tener un reflejo en el cálculo los costes y esas cantidades que asume la empresa han de minorar, en todo caso, el beneficio industrial previsto.”

Nese sentido, non é acollible que o recorrente oferte un determinado persoal, cifrado ademais en número de horas, e outra serie de medios técnicos coa pretensión de que os mesmos non teñan ningunha repercusión na súa oferta económica, como aquí resulta no momento en que presenta a súa desagregación para xustificar a mesma. E non se pode amparar o recorrente en que ese aspecto xa foi favorablemente examinado pola mesa na análise da súa oferta técnica, posto que o que motiva o acordo de exclusión adoptado polo órgano de contratación é a non axeitada xustificación da súa oferta, algo lóxicamente non analizado con anterioridade.

Por outra parte, respecto aos gastos en materiais, o informe técnico sinalaba:

“Os gastos en consumibles non teñen en conta o prezo das pinturas para protexer do óxido nin do lasur. Recollen os prezos de varios dos elementos materiais ofertados a maiores do prego, pero non todos.”

A este respecto, o recorrente se ben aporta nesta fase de recurso xustificación do gasto en pinturas e lasur, argumenta que na xustificación presentada non se fixo referencia a ese conxunto de gastos dada a súa escasa contía económica e que poden estar incluídos na partida de gastos xerais.

Pois ben, sendo de aceptación, como xa indicamos, que non é necesario un detalle exhaustivo da oferta do licitador para xustificar a viabilidade da súa oferta, nin que se indiquen todos e cada un dos gastos tidos en conta para formular a mesma, o certo é que dadas as características desta licitación non podemos concluír que o conxunto deses gastos sexa intranscendente para examinar a viabilidade da oferta.

Así, como vimos a oferta contiña unha baixa do 32,38% e segundo o propio recorrente os gastos de persoal incluídos ascenden ao 87,89%, prevendo uns

importes como beneficio -442,44 euros- e gastos xerais -2.212,21 euros- de escasa contía, polo que unha correcta estimación do conxunto dos gastos non se pode considerar como irrelevante. Nese sentido, o feito de que non exista na xustificación presentada unha estimación, aínda global, do custo dun considerable número de aspectos recollidos na oferta técnica do recorrente e que non aparecen reflectidos nesa xustificación aportada, dificulta entender que o órgano de contratación non debeu telos en conta na análise da viabilidade da oferta, máis aínda cando en boa medida e pola súa propia natureza eses custos non semellan incluírse no concepto de gastos xerais da empresa.

En definitiva, non se aprecian no recurso presentado motivos que permitan a este Tribunal invalidar o criterio do órgano de contratación ao estimar como non xustificada a viabilidade da oferta do recorrente, o que determina a desestimación do recurso presentado.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por JARDINERÍA ARCE, S.L. contra o acordo do Concello de Ferrol polo que exclúe a súa oferta na contratación dun servizo de mantemento e reparación dos campos de deportes de céspede artificial e as áreas de influencia dese concello e polo que se declara deserta a licitación, expediente AH 05004 18/16

2. Levantar a suspensión acordada 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.