

Recurso nº 19 e 30/2018 (acumulados)**Resolución nº 25/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 15 de xuño de 2018.

VISTOS os recursos especiais en materia de contratación interpostos por N.B.R. actuando en nome e representación de EIBISA NORTE, S.L. contra a acta da Mesa de contratación de análise do informe sobre as ofertas con valores anormais ou desproporcionados e proposta de adxudicación, no primeiro deles (recurso 19/2018), e contra o propio acordo de exclusión e adxudicación, no segundo (recurso 30/2018), correspondente á licitación do servizo de traballos de actualización e mantemento de bases de datos catastrais do Concello de Pontevedra, código 2017.abertoservizos.0008, 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 Pontevedra convocouse a licitación do contrato do, servizo de traballos de actualización e mantemento de bases de datos catastrais cun valor estimado declarado de 200.000 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación segundo consta no expediente remitido polo órgano de contratación no BOP do 29.8.2017 e DOGA do 12.9.2017. Posteriormente, ampliouse o prazo de presentación de ofertas mediante anuncios no BOP e DOGA do 12.12.2017.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en diante).

Terceiro.- A Mesa de contratación propón en data 23.4.2018 a exclusión da recorrente do procedemento de licitación, ao entender como non xustificada a viabilidade da súa oferta cualificada inicialmente como anormal ou desproporcionada.

Posteriormente a Xunta de goberno local en sesión do día 30.4.2018 procede, de conformidade coa proposta anterior, a excluír á recorrente procedendo a adxudicar o contrato á entidade mellor clasificada.

Cuarto.- En data 16.5.2018 EIBISA NORTE, S.L. interpuxo recurso especial en materia de contratación contra o dito acordo da Mesa de contratación, a través sede electrónica da Xunta de Galicia e o 1.6.2018 contra o acordo da Xunta de goberno local do día 30.4.2018.

Quinto.- En relación a cada un dos recursos presentados, con datas 21.5.2018 e 4.6.2018 reclamouse ao Concello de Pontevedra 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 diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal os días 5.6.2018 e 8.6.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 6.6.2018, presentándose alegacións polo representante da empresa LAYA GESTIÓN Y SERVICIOS S.L.

Sétimo.- Por resolución deste Tribunal de 4.6.2018 acordouse a acumulación dos recursos 19/2018 e 30/2018 nun único procedemento.

Oitavo.- En data 28.5.2018 adoptouse a medida cautelar de suspensión do procedemento verbo do recurso 19/2018, e o 7.6.2018 de mantemento da suspensión automática verbo á adxudicación.

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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira LCSP 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.- A recorrente ostenta lexitimación para a interposición deste recurso especial en base ao sinalado no artigo 48 de la LCSP xa que ao impugnarse a súa exclusión do procedemento trátase dunha persoa cuxos dereitos ou intereses lexítimos vense prexudicados de maneira directa polas decisións obxecto do recurso.

Cuarto.- O acto impugnado no recurso 19/2018 foi publicado no Perfil do contratante o día 26.04.2018, e o impugnado no recurso 30/2018 foi notificado á recorrente o 21.05.2018, polo que ambos recursos foron interpostos en prazo.

Quinto.- Procede determinar se nos atopamos ante actos susceptibles de recurso especial, á vista de que os actos impugnados foron adoptados con posterioridade á entrada en vigor da LCSP.

A estes efectos, o órgano de contratación no seu informe alega a inadmisión do recurso. Considera que como a licitación se tramitou conforme ao TRLCSP e ten un valor estimado de 200.000 euros, segundo o previsto no citado texto legal non procedería este recurso especial.

Para esta cuestión debemos partir da Disposición Transitoria Primeira.4 da vixente LCSP, ao sinalar que:

“Nos expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei poderase interpor o recurso previsto no artigo 44 contra actos susceptibles de impugnación nesta vía, sempre que se ditasen con posterioridade á súa entrada en vigor.”

Esta Disposición, polo tanto, e de xeito concreto a súa expresión referente aos actos susceptibles de impugnación, remítenos literalmente ao apartado 1 do art. 44 LCSP, que establece que serán susceptibles de recurso especial os actos e decisións enumerados no apartado segundo, cando se refiran aos contratos que relaciona, como son os contratos de servizos dun valor estimado superior aos 100.000 euros. Esta interpretación é conforme co propio enunciado do art. 44, que se refire precisamente aos actos recorribles, “*recurso especial en materia de contratación: actos recorribles*”, cando define, no seu título, o contido xeral do precepto.

Este TACGal interpreta entón que, dado que a expresión literal da Disposición Transitoria remite con claridade ao artigo 44, son susceptibles de impugnación todos os actos e decisións enumerados no art.44.2 que fosen ditados con posterioridade á entrada en vigor da LCSP e referidos aos contratos e contías recollidas no art. 44.1 LCSP, polo que o recurso, como expresamos, é admisible.

Outra cuestión a determinar é se o concreto acto impugnado no primeiro dos recursos presentados (recurso 19/2018), polo que se impugna a acta da Mesa de contratación, é susceptible de impugnación por esta vía. O acordo recollido na acta da Mesa de contratación que agora se recorre sinala:

“ Considerar que, de conformidade co informe emitido pola Adxunta do Órgano de Tesourería e Xestión Tributaria, a oferta da seguinte entidade non pode ser cumprida por non xustificar a viabilidade requirida nin a capacidade das prestacións debatidas axustándose á oferta económica realizada, e, en consecuencia, propoñer ao órgano de contratación que exclúa a esa entidade da clasificación deste procedemento de contratación: Eibisa Norte, S.L”

Polo tanto, atopámonos ante unha proposta da Mesa de contratación, polo que non sería un acto recorrible en base ao previsto no art. 44.2 b) da LCSP, xa que, ao non existir aínda acordo expreso do órgano de contratación, non se pode entender que sexa un acto de trámite cualificado dos previstos nese apartado (por todas, Resolución TACGal 8/2018).

Hai que ter en conta que, segundo o previsto no art.152.2 do TRLCSP, a competencia para determinar a viabilidade ou non dunha oferta cualificada como desproporcionada corresponde ao órgano de contratación. Igualmente, o artigo 22.1 f) do RD 817/2009, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, de contratos do sector público, sinala que corresponde á Mesa de contratación:

“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.”

Polo tanto, sendo o órgano de contratación o competente para a exclusión dunha oferta por desproporcionada en base á súa inviabilidade, non é admisible a impugnación da mera proposta formulada pola Mesa de contratación, polo que procedería inadmitir o primeiro recurso, recurso 19/2018, presentado pola entidade EIBISA NORTE S.L, pervivindo o ulterior, o recurso 30/2018.

Sexto.- O recorrente alega que non se podía entender que a súa oferta fose anormal ou desproporcionada, porque o cálculo realizado ao respecto polo informe técnico que valorou as distintas ofertas é incorrecto ao estar referenciado a cada un dos prezos unitarios que conforman a oferta, e non a esta de xeito global.

Ademais, entende que en todo caso e no trámite concedido ao efecto, xustificou ante a Mesa de contratación a súa oferta de xeito adecuado, polo que non debería ser obxecto de exclusión.

Sétimo.- O órgano de contratación, pola súa banda, oponse ao recurso, entendendo que a apreciación da oferta como desproporcionada en base aos prezos unitarios do contrato é correcta, ao non existir outra previsión distinta nos pregos e que, no trámite concedido ao efecto, a entidade recorrente non xustificou adecuadamente a súa proposta.

Oitavo.- O representante da empresa LAYA GESTIÓN Y SERVICIOS nas súas alegacións sinala que a recorrente non xustificou debidamente á súa baixa, polo que a súa exclusión da licitación foi lícita. Ademais, fai referencia ás graves consecuencias que para a súa empresa tería a estimación do recurso, pois xa se está executando o contrato.

Noveno.- O recurso, en primeiro lugar, cuestiona que o cálculo efectuado para valorar as ofertas como desproporcionadas se realice sobre os distintos prezos unitarios do contrato e non sobre a oferta de xeito global. Sinala que o contrato non está dividido en lotes polo que as prestacións nel incluídas contrátanse de xeito conxunto. Apoia este argumento coa cita de varias resolucións do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais sobre esta cuestión.



O órgano de contratación, por outro lado, informa que a única forma correcta de valorar as posibles baixas desproporcionadas neste contrato é en base aos prezos unitarios, pois así se valoraron as distintas ofertas. Engade que non cabería outra posible fórmula para levalo a cabo dado que as distintas prestacións obxecto do contrato teñen un peso relativo distinto. Ademais, indica que a posibilidade de valorar as ofertas desproporcionadas en base a prezos unitarios está avalada por unha sentenza da Audiencia Nacional de 5 de setembro de 2016, se ben debemos salientar que non observamos que a mesma faga especial referencia nos seus fundamentos xurídicos á cuestión aquí exposta.

Entrando na resolución do caso, vemos que o anexo II do PCAP, correspondente á valoración das ofertas e polo que se refire aos criterios automáticos, sinala:

“Puntuación máxima: 50 puntos. Criterio: mayor baja proporcional a aplicar a los precios unitarios consignados en el apartado “Precio”. Se valorará con hasta 50 puntos. No se valorarán bajas en los topes máximos de crédito presupuestario que en su caso se prevean para cada categoría, unicamente en los precios unitarios, de acuerdo con el siguiente reparto y precios de licitación:

- ☐ *Tramitación expedientes 902-903-904. Hasta unidad urbana 25 (60 €). Hasta 10 puntos.*
- ☐ *Tramitación expedientes 902-903-904. A partir de unid. Urbana 26 (27 €). Hasta 10 puntos.*
- ☐ *Investigación discrepancias de oficio. Unid. Urbana nueva/modificada (30 €). Hasta 10 puntos.*
- ☐ *Investigación de titularidades catastrales. Parcela o finca correcta (20 €). Hasta 10 puntos.*
- ☐ *Actualización callejero. Finca actualizada (4 €). Hasta 5 puntos.*
- ☐ *Registro GIS Ayuntamiento. Parcela o finca incorporada (2 €). Hasta 5 € (...)*

ESPECIFICACIÓN DE PARÁMETROS PARA APRECIAR OFERTAS CON PRESUNCIÓN DE VALORES DESPROPORCIONADOS O ANORMALES. En el caso del precio, se aplicará lo establecido en el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001) en su art. 85. Se excluirá, no obstante, el último inciso del art. 85.3 (“En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales”), por entenderlo contrario al art. 152.1 del TRLCSP.”

A doutrina deste TACGal respecto das ofertas consideradas anormais ou desproporcionadas xa foi establecida na nosa Resolución 14/2018. Agora ben, neste concreto suposto, o debate céntrase de forma principal sobre se a consideración da proposición para entendela como anormal ou desproporcionada debe efectuarse de xeito global, ou individualizadamente por cada un dos criterios obxecto de valoración.

A liña argumental dos Tribunais administrativos sobre as baixas anormais ou desproporcionadas é clara, existindo diversas resolucións do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC), entre outros, que resolven a cuestión aquí formulada. Como sinala na súa Resolución 63/2015:

“El contrato no está dividido en lotes y la distinción de los distintos componentes de la oferta económica es relevante para la valoración de la misma, pero, puesto que se contrata tanto la edición como la impresión y tanto de la revista mensual como de los posibles números extraordinarios, suplementos, encartes, etc., la anormalidad o desproporción de la oferta, salvo que el PCP estableciera explícitamente otra cosa, se debe referir a la oferta global.”

Como hemos señalado en otras resoluciones (por ejemplo en la nº 824/2014, de 31 de octubre) no carece de lógica ni es temerario, en principio, hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios a contratar, que se compense con otra más ajustada al presupuesto de licitación en otra u otras de las prestaciones.”

Igualmente, na resolución 1095/2017 sinala expresamente:

“De este modo, a la hora de calificar (y justificar) una oferta como anormal o desproporcionada, debemos estar a la globalidad de la misma, salvo que el PCAP haya establecido expresamente otra cosa”

Esta doutrina consolidada do TACRC é congruente coa xeral fixada polos diversos Tribunais administrativos respecto á valoración das ofertas, admitindo, por exemplo, a viabilidade de ofertas cun prezo de cero euros nalgunha prestación. Así o recolle o Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía na súa Resolución 131/2017:

“Lo anterior impide considerar la inconsistencia de la proposición adjudicataria, y es que, en definitiva, la viabilidad de esta ha de apreciarse, no en atención a sus distintos componentes por separado, sino en relación al conjunto de la prestación, siendo perfectamente posible, como de hecho sostiene la doctrina expuesta de los

tribunales de recursos contractuales, compensar costes entre las distintas partidas en que se desglosa el contrato”

Pois ben, analizado o contido do PCAP no que se refire ao aspecto cuestionado neste recurso, observamos dous aspectos principais:

- En primeiro lugar, que efectúa unicamente unha referencia xenérica ao art. 85 do Regulamento xeral da Lei de contratos das Administracións Públicas (RD 1098/2001).

- E, en segundo, que utiliza a expresión “ofertas con valores desproporcionados ou anormais”, polo que a interpretación máis lóxica desa literalidade é que o prego fai referencia á oferta no seu conxunto, sexa por non recoller ningunha expresión que permita anticipar que o limiar de temeridade se referirá a cada un dos prezos desagregados.

Polo tanto, non existindo expresión concreta no PCAP, cabe sinalar que, se ben procede a fixación de prezos unitarios para a clasificación das ofertas presentadas, a utilización do mesmo criterio para a apreciación da presunción de anormalidade non resulta adecuado, pois a finalidade de ambos supostos é distinta. No primeiro caso o órgano pretende determinar a oferta máis vantaxosa, pero no segundo os criterios a aplicar serven para fixar unha presunción de que unha oferta, no seu conxunto, non pode ser cumprida e que o licitador non poderá facer fronte á execución do global do contrato, polo que a referencia desa presunción a un aspecto parcial do contrato non semella correcto. Así, non resulta ilóxico nin desproporcionado que un licitador formule a súa oferta con prezos máis baixos nalgún apartado e máis axustados ao orzamento de licitación nalgún outro. Entendelo doutro xeito para a determinación do limiar de temeridade non se axustaría á propia finalidade da licitación, como é a de seleccionar a proposta máis vantaxosa para a Administración.

Esta conclusión apréciase máis aínda neste caso concreto, no que o obxecto do contrato son os traballos de actualización e mantemento das bases de datos catastrais e no que as prestacións a realizar durante a súa execución son moi similares e nalgún caso, como nos dous primeiros criterios, a prestación valorada é idéntica, de forma que a diferenza no prezo fixado ven determinada unicamente con respecto ao número de expedientes tramitados.

É dicir, a mera referencia que fai o PCAP ao establecido no art. 85 do RD 1098/2001, sen maior especificación, non ampara a posterior decisión de valorar as

posibles ofertas desproporcionadas en base aos prezos unitarios. De ser esa a intención inicial do concello, debeu fixala con claridade nos pregos, de tal forma que fose coñecida por todos os potenciais licitadores. Se non o fixo, debe admitir que calquera licitador dilixente presente a súa oferta co convencemento de que o cálculo para apreciar o limiar de temeridade non se efectuará por prezos unitarios, sendo ademais a valoración global da oferta, como xa indicamos e como recolle a doutrina dos tribunais administrativos, a forma inicialmente máis axeitada para entender se unha proposición pode ser ou non debidamente cumprida.

É clara a doutrina e xurisprudencia que fixa que os pregos son a lei do contrato e que as cláusulas escuras ou ambiguas non poden favorecer a quen as ocasionou. Hai que ter en conta que un transparente coñecemento previo das condicións que permitirán fixar o limiar de temeridade é fundamental para que os licitadores poidan formular as súas ofertas e esas condicións, loxicamente, non poderán ser modificadas nin alteradas ao longo do procedemento de licitación.

En base a isto, e ao resto de argumentos ata aquí expostos, cabe concluír que a exclusión do recorrente do procedemento foi incorrecta, xa que a decisión do órgano de contratación referindo o limiar de temeridade a cada un dos prezos unitarios do contrato non se axusta á obriga de transparencia e vulnera o principio de igualdade.

Décimo.- A maiores do anterior, debemos referirnos a que o órgano de contratación alega, no seu informe, que a apreciación do limiar de temeridade non se pode efectuar respecto ao global da oferta presentada porque debería decidirse neste momento o concreto método para efectuar a necesaria agregación dos criterios avaliáveis, de entre os varios posibles, e iso non estaba previsto no PCAP, polo que esa decisión adoecería de arbitrariedade e falla de transparencia. En base a isto, entende que o recurso debe ser desestimado.

En todo caso, a este respecto hai que precisar que o que axuíza este Tribunal é a concreta actuación do órgano de contratación ao excluír á oferta da recorrente, e non outras posibles interpretacións derivadas do contido dos pregos.

Agora ben, o Concello no seu argumento omite o feito de que, se tal e como defende, adoptar agora unha decisión de fixación do cálculo do limiar de temeridade de xeito global non sería correcta, isto mesmo implica, como xa aclaramos nesta resolución, que tampouco o foi a súa de facelo en base aos prezos unitarios, pois esa decisión claramente non estivo amparada no contido do PCAP.

Co anterior queda resolto o debate que concretamente se nos presenta, se ben, a efectos de esgotar a cuestión, debemos sinalar o seguinte.

En efecto, observamos, como consecuencia dos argumentos das partes no recurso e de que o recorrente e o Concello presentan opcións de cálculo diversas para poder valorar de xeito global as ofertas como desproporcionadas, que unha vez ditada esta resolución poderían resultar improcedentes calquera das fórmulas que decidise aplicar o Concello, xa que as mesmas non atoparían amparo no PCAP.

Así, nese suposto, no que a oferta económica a presentar polos licitadores se expresa en porcentaxes respecto a varios criterios a valorar, con distinta ponderación entre eles e no que a previsión dos pregos limítase a unha xenérica referencia ao art.85 do RD 1098/2001, podería suceder que non fose posible unha aplicación viable da cláusula fixada sobre ofertas anormais ou desproporcionadas. Isto porque unha cláusula como a exposta, debido á súa xeneralidade, e nun caso coma o axuizado, non establece criterios obxectivos que permitan, tanto á Administración como aos licitadores, os concretos parámetros en base aos que se fixará unha oferta como desproporcionada.

Evidentemente iso non pode dar como aceptable o criterio acollido polo Concello, senón que nos introduciría na problemática á que se refire este apartado da Resolución do Órgano administrativo de recursos contractuais de Euskadi 114/2013, ao que nos remitimos:

“Llegados a este punto, hay que concluir que no es posible aplicar el parámetro de apreciación de oferta anormal o desproporcionada previsto en el PCAP sin incurrir en arbitrariedad, la cual se origina porque no se ha consignado en los Pliegos un parámetro objetivo para apreciar la anormalidad de la oferta, como pide el artículo 152.2 TRLCSP, sino un clausulado que permite a la Administración interpretarlo arbitrariamente en perjuicio de los principios de igualdad y trato no discriminatorio, lo que conlleva que merezca la sanción de nulidad de pleno derecho.”

En todo caso, esta inviabilidade de aplicación non se estendería ao resto do contido dos pregos, que se manteñen inalterados de acordo co previsto no artigo 42.2 LCSP.

Pero dado que se trata de resolver a impugnación que se nos presenta, o argumentado nesta Resolución o que determina ineludiblemente é que non procedía a exclusión do recorrente, polo que se debe acoller o recurso presentado (recurso

30/2018), debendo retrotraerse as actuacións ao momento previo á súa exclusión, de tal xeito que se proceda a unha nova valoración das ofertas incluíndo á da recorrente e se efectúe a proposta de adxudicación do contrato á mellor clasificada, manténdose a tales efectos a validez daqueles actos e trámites cuxo contido permanecería igual de non cometerse a infracción. Admitido entón este motivo do recurso, non procede xa valorar o resto de alegacións.

Por último, respecto ao sinalado pola empresa alegante sobre os graves prexuízos que unha posible resolución estimatoria lle podería causar, ao estar o contrato executándose, sinalar que como se especifica nos antecedentes desta resolución, este Tribunal adoptou as correspondentes medida cautelares de suspensión, sendo esta decisión a que competencialmente lle correspondía a estes efectos, e debendo o Concello, en definitiva, realizar as actuacións que procedan para levar a efecto o que aquí se establece.

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

1. **Inadmitir** o recurso interposto por EIBISA NORTE, S.L contra a acta da Mesa de contratación de análise do informe sobre as ofertas con valores anormais ou desproporcionados e proposta de adxudicación correspondente á licitación do servizo de traballos de actualización e mantemento de bases de datos catastrais do Concello de Pontevedra (recurso 19/2018).

2. **Estimar** o recurso interposto por EIBISA NORTE S.L. contra o acordo da Xunta de goberno local de exclusión da súa oferta e adxudicación da licitación do servizo de traballos de actualización e mantemento de bases de datos catastrais do Concello de Pontevedra, que se anula para que se proceda nos termos expostos no derradeiro fundamento de dereito desta resolución (recurso 30/2018).

3. Levantar a suspensión acordada no seu día.

4. 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.