

Recurso nº 19 y 30/2018 (acumulados)**Resolución nº 25/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por N.B.R. actuando en nombre y representación de EIBISA NORTE, S.L contra el acta de la Mesa de contratación de análisis del informe sobre las ofertas con valores anormales o desproporcionados y propuesta de adjudicación, en el primero de ellos (recurso 19/2018), y contra el propio acuerdo de exclusión y adjudicación, en el segundo (recurso 30/2018), correspondiente a la licitación del servicio de trabajos de actualización y mantenimiento de bases de datos catastrales del Ayuntamiento de Pontevedra, código 2017.abertoservizos.0008, 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 el Ayuntamiento de Pontevedra se convocó la licitación del contrato del servicio de trabajos de actualización y mantenimiento de bases de datos catastrales con un valor estimado declarado de 200.000 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación según consta en el expediente remitido por el órgano de contratación en el BOP del 29.8.2017 y DOGA del 12.9.2017. Posteriormente, se amplió el plazo de presentación de ofertas mediante anuncios en el BOP y DOGA del 12.12.2017.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante).

Tercero.- La Mesa de contratación propone en fecha 23.4.2018 la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, al entender como no justificada la viabilidad de su oferta cualificada inicialmente como anormal o desproporcionada.

Posteriormente la Junta de gobierno local en sesión del día 30.4.2018 procede, de conformidad con la propuesta anterior, a excluir a la recurrente procediendo a adjudicar el contrato a la entidad mejor clasificada.

Cuarto.- En fecha 16.5.2018 EIBISA NORTE, S.L interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicho acuerdo de la Mesa de contratación, a través da sede electrónica de la Xunta de Galicia y el 1.6.2018 contra el acuerdo de la Xunta de gobierno local del día 30.4.2018.

Quinto.- En relación a cada uno de los recursos presentados, con fechas 21.5.2018 y 4.6.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Pontevedra 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 los días 5.6.2018 y 8.6.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 6.6.2018, presentándose alegaciones por el representante de la empresa LAYA GESTIÓN Y SERVICIOS S.L.

Séptimo.- Por resolución de este Tribunal de 4.6.2018 se acordó la acumulación de los recursos 19/2018 y 30/2018 en un único procedimiento.

Octavo.- En fecha 28.5.2018 se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento respecto del recurso 19/2018, y el 7.6.2018 de mantenimiento de la suspensión automática respecto a la adjudicación.

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.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme a 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.-La recurrente ostenta legitimación para la interposición de este recurso especial en base a lo señalado en el artículo 48 de la LCSP ya que al impugnarse su exclusión del procedimiento se trata de una persona cuyos derechos o intereses legítimos se ven perjudicados de manera directa por las decisiones objeto del recurso.

Cuarto.- El acto impugnado en el recurso 19/2018 fue publicado en el Perfil del contratante el día 26.04.2018, y el impugnado en el recurso 30/2018 fue notificado a la recurrente el 21.05.2018, por lo que ambos recursos fueron interpuestos en plazo.

Quinto.- Procede determinar si nos encontramos ante actos susceptibles de recurso especial, a la vista de que los actos impugnados fueron adoptados con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

A estos efectos, el órgano de contratación en su informe alega la inadmisión del recurso. Considera que como la licitación se tramitó conforme al TRLCSP y tiene un valor estimado de 200.000 euros, según lo previsto en el citado texto legal no procedería este recurso especial.

Para esta cuestión debemos partir de la Disposición Transitoria Primera.4 de la vigente LCSP, al señalar que:

“En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se podrá interponer el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de impugnación en esta vía, siempre que se dictaran con posterioridad a su entrada en vigor.”

Esta Disposición, por lo tanto, y de manera concreta su expresión referente a los actos susceptibles de impugnación, nos remite literalmente al apartado 1 del art. 44 LCSP, que establece que serán susceptibles de recurso especial los actos y decisiones enumerados en el apartado segundo, cuando se refieran a los contratos que relaciona, como son los contratos de servicios de un valor estimado superior a los 100.000 euros. Esta interpretación es conforme con el propio enunciado del art. 44, que se refiere precisamente a los actos recurribles, *“recurso especial en materia de contratación: actos recurribles”*, cuando define, en su título, el contenido general del precepto.

Este TACGal interpreta entonces que, dado que la expresión literal de la Disposición Transitoria remite con claridad al artículo 44, son susceptibles de

impugnación todos los actos y decisiones enumerados en el art.44.2 que fueran dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP y referidos a los contratos y cuantías recogidas en el art. 44.1 LCSP, por lo que el recurso, como expresamos, es admisible.

Otra cuestión a determinar es si el concreto acto impugnado en el primero de los recursos presentados (recurso 19/2018), por el que se impugna el acta de la Mesa de contratación, es susceptible de impugnación por esta vía. El acuerdo recogido en el acta de la Mesa de contratación que ahora se recurre señala:

“ Considerar que, de conformidad con el informe emitido por la Adjunta del Órgano de Tesorería y Gestión Tributaria, la oferta de la siguiente entidad no puede ser cumplida por no justificar la viabilidad requerida ni la capacidad de las prestaciones debatidas ajustándose a la oferta económica realizada, y, en consecuencia, proponer al órgano de contratación que excluya a esa entidad de la clasificación de este procedimiento de contratación: Eibisa Norte, S.L.”

Por lo tanto, nos encontramos ante una propuesta de la Mesa de contratación, por lo que no sería un acto recurrible en base a lo previsto en el art. 44.2 b) de la LCSP, ya que, al no existir aún acuerdo expreso del órgano de contratación, no se puede entender que sea un acto de trámite calificado de los previstos en ese apartado (por todas, Resolución TACGal 8/2018).

Hay que tener en cuenta que, según lo previsto en el art.152.2 del TRLCSP, la competencia para determinar la viabilidad o no de una oferta cualificada cómo desproporcionada corresponde al órgano de contratación. Igualmente, el artículo 22.1 f) del RD 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de contratos del sector público, señala que corresponde a la 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 artículo136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo”

Por lo tanto, siendo el órgano de contratación el competente para la exclusión de una oferta por desproporcionada en base a su inviabilidad, no es admisible la impugnación de la mera propuesta formulada por la Mesa de contratación, por lo que procedería inadmitir el primer recurso, recurso 19/2018, presentado por la entidad EIBISA NORTE S.L, perviviendo el ulterior, el recurso 30/2018.

Sexto.- El recurrente alega que no se podía entender que su oferta fuera anormal o desproporcionada, porque el cálculo realizado al respecto por el informe

técnico que valoró las distintas ofertas es incorrecto al estar referenciado a cada uno de los precios unitarios que conforman la oferta, y no a esta de manera global.

Además, entiende que en todo caso y en el trámite concedido al efecto, justificó ante la Mesa de contratación su oferta de manera adecuada, por lo que no debería ser objeto de exclusión.

Séptimo.- El órgano de contratación, por su parte, se opone al recurso, entendiéndolo que la apreciación de la oferta como desproporcionada en base a los precios unitarios del contrato es correcta, al no existir otra previsión distinta en los pliegos y que, en el trámite concedido al efecto, la entidad recurrente no justificó adecuadamente su propuesta.

Octavo.- El representante de la empresa LAYA GESTIÓN Y SERVICIOS en sus alegaciones señala que la recurrente no justificó debidamente su baja, por lo que su exclusión de la licitación fue lícita. Además, hace referencia a las graves consecuencias que para su empresa tendría la estimación del recurso, pues ya se está ejecutando el contrato.

Noveno.- El recurso, en primer lugar, cuestiona que el cálculo efectuado para valorar las ofertas como desproporcionadas se realice sobre los distintos precios unitarios del contrato y no sobre la oferta de manera global. Señala que el contrato no está dividido en lotes por lo que las prestaciones en él incluidas se contratan de modo conjunto. Apoya este argumento con la cita de varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre esta cuestión.

El órgano de contratación, por otro lado, informa que la única forma correcta de valorar las posibles bajas desproporcionadas en este contrato es en base a los precios unitarios, pues así se valoraron las distintas ofertas. Añade que no cabría otra posible fórmula para llevarlo a cabo dado que las distintas prestaciones objeto del contrato tienen un peso relativo distinto. Además, indica que la posibilidad de valorar las ofertas desproporcionadas en base a precios unitarios está avalada por una sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de septiembre de 2016, si bien debemos destacar que no observamos que la misma haga especial referencia en sus fundamentos jurídicos a la cuestión aquí expuesta.

Entrando en la resolución del caso, vemos que el anexo II del PCAP, correspondiente a la valoración de las ofertas y por lo que se refiere a los criterios automáticos, señala:

“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, únicamente 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.”

La doctrina de este TACGal respecto de las ofertas consideradas anormales o desproporcionadas ya fue establecida en nuestra Resolución 14/2018. Ahora bien, en este concreto supuesto, el debate se centra de forma principal sobre si la consideración de la proposición para entenderla cómo anormal o desproporcionada debe efectuarse de manera global, o individualizadamente por cada uno de los criterios objeto de valoración.

La línea argumental de los Tribunales administrativos sobre las bajas anormales o desproporcionadas es clara, existiendo diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre otros, que resuelven la cuestión aquí formulada. Como señala en su 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, en la resolución 1095/2017 señala 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 doctrina consolidada del TACRC es congruente con la general fijada por los diversos Tribunales administrativos respecto a la valoración de las ofertas, admitiendo, por ejemplo, la viabilidad de ofertas con un precio de cero euros en alguna prestación. Así lo recoge el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía en su 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

Pues bien, analizado el contenido del PCAP en lo que se refiere al aspecto cuestionado en este recurso, observamos dos aspectos principales:

- En primer lugar, que efectúa únicamente una referencia genérica al art. 85 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001).

- Y, en segundo, que utiliza la expresión “ofertas con valores desproporcionados o anormales”, por lo que la interpretación más lógica de esa literalidad es que el pliego hace referencia a la oferta en su conjunto, sea por no recoger ninguna expresión que permita anticipar que el umbral de temeridad se referirá a cada uno de los precios desglosados.

Por lo tanto, no existiendo expresión concreta en el PCAP, cabe señalar que, si bien procede la fijación de precios unitarios para la clasificación de las ofertas presentadas, la utilización del mismo criterio para la apreciación de la presunción de

anormalidad no resulta adecuado, pues la finalidad de ambos supuestos es distinta. En el primero caso el órgano pretende determinar la oferta más ventajosa, pero en el segundo los criterios a aplicar sirven para fijar una presunción de que una oferta, en su conjunto, no puede ser cumplida y que el licitador no podrá hacer frente a la ejecución del global del contrato, por lo que la referencia de esa presunción a un aspecto parcial del contrato no parece correcto. Así, no resulta ilógico ni desproporcionado que un licitador formule su oferta con precios más bajos en algún apartado y más ajustados al presupuesto de licitación en alguno otro. Entenderlo de otro modo para la determinación del umbral de temeridad no se ajustaría a la propia finalidad de la licitación, como es la de seleccionar la propuesta más ventajosa para la Administración.

Esta conclusión se aprecia más aún en este caso concreto, en el que el objeto del contrato son los trabajos de actualización y mantenimiento de las bases de datos catastrales y en el que las prestaciones a realizar durante su ejecución son muy similares y en algún caso, como en los dos primeros criterios, la prestación valorada es idéntica, de forma que la diferencia en el precio fijado viene determinada únicamente con respecto al número de expedientes tramitados.

Es decir, la mera referencia que hace el PCAP a lo establecido en el art. 85 del RD 1098/2001, sin mayor especificación, no ampara la posterior decisión de valorar las posibles ofertas desproporcionadas en base a los precios unitarios. De ser esa la intención inicial del ayuntamiento, debió fijarla con claridad en los pliegos, de tal forma que fuera conocida por todos los potenciales licitadores. Si no lo hizo, debe admitir que cualquier licitador diligente presente su oferta con el convencimiento de que el cálculo para apreciar el umbral de temeridad no se efectuará por precios unitarios, siendo además la valoración global de la oferta, como ya indicamos y como recoge la doctrina de los tribunales administrativos, la forma inicialmente más acomodada para entender si una proposición puede ser o no debidamente cumplida.

Es clara la doctrina y jurisprudencia que fija que los pliegos son la ley del contrato y que las cláusulas oscuras o ambiguas no pueden favorecer a quien las ocasionó. Hay que tener en cuenta que un claro conocimiento previo de las condiciones que permitirán fijar el umbral de temeridad es fundamental para que los licitadores puedan formular sus ofertas y esas condiciones, lógicamente, no podrán ser modificadas ni alteradas a lo largo del procedimiento de licitación.

En base a esto, y al resto de argumentos hasta aquí expuestos, cabe concluir que la exclusión del recurrente del procedimiento fue incorrecta, ya que la decisión del órgano de contratación refiriendo al umbral de temeridad a cada uno de los precios

unitarios del contrato no se ajusta al deber de transparencia y vulnera el principio de igualdad.

Décimo.- A mayores de lo anterior, debemos referirnos a que el órgano de contratación alega, en su informe, que la apreciación del umbral de temeridad no se puede efectuar respecto al global de la oferta presentada porque debería decidirse en este momento el concreto método para efectuar la necesaria agregación de los criterios evaluables, de entre los varios posibles, y eso no estaba previsto en el PCAP, por lo que esa decisión adolecería de arbitrariedad y falta de transparencia. En base a esto, entiende que el recurso debe ser desestimado.

En todo caso, a este respecto hay que precisar que lo que enjuicia este Tribunal es la concreta actuación del órgano de contratación al excluir a la oferta de la recurrente, y no otras posibles interpretaciones derivadas del contenido de los pliegos.

Ahora bien, el Ayuntamiento en su argumento omite el hecho de que, si tal y como defiende, adoptar ahora una decisión de fijación del cálculo del umbral de temeridad de manera global no sería correcta, esto mismo implica, como ya aclaramos en esta resolución, que tampoco lo fue la suya de hacerlo en base a los precios unitarios, pues esa decisión claramente no estuvo amparada en el contenido del PCAP.

Con lo anterior queda resuelto el debate que concretamente se nos presenta, si bien, a efectos de agotar la cuestión, debemos señalar lo siguiente.

En efecto, observamos, como consecuencia de los argumentos de las partes en el recurso y de que el recurrente y el Ayuntamiento presentan opciones de cálculo diversas para poder valorar de manera global las ofertas como desproporcionadas, que una vez dictada esta resolución podrían resultar improcedentes cualquiera de las fórmulas que decidiera aplicar el Ayuntamiento, ya que las mismas no encontrarían amparo en el PCAP.

Así, en ese supuesto, en el que la oferta económica a presentar por los licitadores se expresa en porcentajes respecto a varios criterios a valorar, con distinta ponderación entre ellos y en el que la previsión de los pliegos se limita a una genérica referencia al art.85 del RD 1098/2001, podría suceder que no fuera posible una aplicación viable de la cláusula fijada sobre ofertas anormales o desproporcionadas. Esto porque una cláusula como la expuesta, debido a su generalidad, y en un caso como el enjuiciado, no establece criterios objetivos que permitan, tanto a la Administración como a los licitadores, los concretos parámetros en base a los que se fijará una oferta como desproporcionada.

Evidentemente eso no puede dar como aceptable el criterio acogido por el Ayuntamiento, sino que nos introduciría en la problemática a la que se refiere este apartado de la Resolución del Órgano administrativo de recursos contractuales de Euskadi 114/2013, al 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 inviabilidad de aplicación no se extendería al resto del contenido de los pliegos, que se mantienen inalterados de acuerdo con el previsto en el artículo 42.2 LCSP.

Pero dado que se trata de resolver la impugnación que se nos presenta, lo argumentado en esta Resolución lo que determina ineludiblemente es que no procedía la exclusión del recurrente, por lo que se debe acoger el recurso presentado (recurso 30/2018), debiendo retrotraerse las actuaciones al punto previo a su exclusión, de tal manera que se proceda a una nueva valoración de las ofertas incluyendo la de la recurrente y se efectúe la propuesta de adjudicación del contrato a la mejor clasificada, manteniéndose a tales efectos la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido permanecería igual de no cometerse la infracción. Admitido entonces este motivo del recurso, no procede ya valorar el resto de alegaciones.

Por último, respecto a lo señalado por la empresa alegante sobre los graves perjuicios que una posible resolución estimatoria le podría causar, al estar el contrato ejecutándose, señalar que como se especifica en los antecedentes de esta resolución, este Tribunal adoptó las correspondientes medida cautelares de suspensión, siendo esta decisión la que competencialmente le correspondía a estos efectos, y debiendo el Ayuntamiento, en definitiva, realizar las actuaciones que procedan para llevar a efecto lo que aquí se establece.

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

1. **Inadmitir** el recurso interpuesto por EIBISA NORTE, S.L contra el acta de la Mesa de contratación de análisis del informe sobre las ofertas con valores anormales o

desproporcionados y propuesta de adjudicación correspondiente a la licitación del servicio de trabajos de actualización y mantenimiento de bases de datos catastrales del Ayuntamiento de Pontevedra (recurso 19/2018).

2. **Estimar** el recurso interpuesto por EIBISA NORTE S.L. contra el acuerdo de la Junta de gobierno local de exclusión de su oferta y adjudicación de la licitación del servicio de trabajos de actualización y mantenimiento de bases de datos catastrales del Ayuntamiento de Pontevedra, que se anula para que se proceda en los términos expuestos en el último fundamento de derecho de esta resolución (recurso 30/2018).

3. Levantar la suspensión acordada en su día.

4. 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.