

Recurso nº 53/2018**Resolución nº 45/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 10 de xullo de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por Y. R. D. actuando en nome e representación de ESPROADE S.L contra a súa exclusión da contratación do servizo de dirección pedagóxica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e as actividades da escola municipal de música de Santiago de Compostela, expediente CON/7/2018, do Concello de Santiago de Compostela, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- O Concello de Santiago convocou a licitación da contratación do servizo de dirección pedagóxica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e as actividades da escola municipal de música de Santiago de Compostela, cun valor estimado declarado de 1.277.546,49 euros. Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE o 07.03.2018.

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 adelante).

Terceiro.- A Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela, na sesión extraordinaria-urxente de 21.05.2018 adoptou o acordo de:

“Excluir á empresa ESPROADE S.L do proceso de contratación do servizo de dirección pedagóxica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e das actividades da escola municipal de música de Santiago, e declarar deserto este concurso ao ser a dita empresa a única candidata; por mor do inicado na citada acta da 4ª reunión da Mesa de contratación e na documentación obrante da que se deu conta”

O mesmo foi notificado ao recorrente o 29.05.2018.

Cuarto.- En data 15.06.2018 ESPROADE S.L (ESPROADE en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación perante o Concello.

Quinto.- O 29.06.2018 recepcionouse no TACGal, remitido polo Concello, tal recurso, co expediente e informe do órgano de contratación. O 03.07.2018 solicitouse do Concello documentación complementaria, referida ás datas de notificación do acto impugnado e de presentación do recurso, por non constar nese expediente enviado. A documentación foi recibida neste Tribunal o día 06.07.2018.

Sexto.- Ao non existir máis licitadores, non houbo o trámite de audiencia do artigo 56.3 LCSP.

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.- Ao abeiro do artigo 48 LCSP, ostenta lexitimación o recorrente por canto que foi a súa oferta a excluída.

Cuarto.- En base as datas citadas, o recurso foi presentado en prazo.

Quinto.- Estamos en presenza dun contrato de servizos de valor estimado de 1.277.546,49 €, polo que á admisible o recurso segundo o artgo 44.1.a) e 2.b) LCSP.

Sexto.- O recurso, xunto cos argumentos que aporta, cita, como tamén alicerce da súa posición, o informe da viceinterventora municipal do 18.05.2018.

Sobre a exclusión por ausencia de detalle no estudio económico, expresa que, no que nos ocupa, ese detalle no tocante as datos salariais tería sentido se a oferta aportara a mellora da subrogación, o que non sucede con esta proposición. Afirmar tamén que a oferta non foi, asemade, cualificada como desproporcionada ou temeraria.

Tamén menciona que o que o prego sanciona coa exclusión son determinados incumprimentos expresos (non subscribir todos os documentos ou falla de relación de documentos) pero nunca menciona tal consecuencia para o maior ou menor detalle do estudo económico.

Defende tamén a viabilidade económica da súa oferta de forma que a súa pretensión primeira é que se revogue a exclusión e continúe o procedemento e, a subsidiaria, que non cabería a exclusión sen unha previa petición de aclaración, pedindo unha retroacción a estes efectos.

Sétimo.- O informe remitido dende o Concello para este recurso especial sostén que o presuposto de partida do debate é que a cláusula 12.4 do prego administrativo esixe que o sobre nº 3 conteña un estudo económico detallado cunha precisa análise dos custos do servizo e proscribe expresamente calquera clase de documento xenérico, mentres que ESPROADE presenta unha mera táboa simple. Afirmar que o incumprimento do prego pola proposición da empresa parece, xa que logo, patente e manifesto sen que se precisen moitas elucubracións.

Engade que a cerna do debate está en se esa omisión ou deficiencia da proposición pode ser ou non obxecto de solicitude de aclaración por parte da mesa e de emenda pola licitadora. Responde que non porque unha reiterada doutrina xurisprudencial e administrativa precisa que a posibilidade por parte dos licitadores de emendar erros na documentación refírese exclusivamente aos que se produzan na denominada documentación xeral ou administrativa relacionada co artigo 146 do

TRLCSP, destinada a xustificar as condicións de capacidade e solvencia dos licitadores, non nas ofertas técnicas ou económicas.

Oitavo.- A cuestión que se nos presenta ten a problemática intrínseca ao debate referida a como poden operar as cláusulas sociais, e concretamente o cumprimento dos convenios colectivos, na licitación, e isto verbo dun contrato sometido ao TRLCSP. A este respecto, a nova lei, a LCSP 2017, toma posición en determinados aspectos do debate, pero a cuestión era menos determinista no marco do TRLCSP.

Evidentemente, o que nos ocupa aquí é resolver o caso que se nos presenta, pero para abordar o mesmo primeiramente debemos facer unha serie de consideracións.

A primeira descrición, polo tanto, debe estar referida ás condicións desta licitación, para seguidamente mencionar o que sucedeu no seno da mesma.

O Concello de Santiago de Compostela convocou a licitación do contrato do servizo de dirección pedagóxica, docencia e organizacións das actividades da escola municipal de música. Só se se presentou a empresa recorrente, ESPROADE S.L.

Se acudimos ao Prego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) son aspectos de interese os seguintes.

No tocante ao orzamento (apartado 6) da licitación xa recolle que *“na determinación do prezo/hora lectiva se inclúen os gastos de persoal docente e non docente (administrativo e conserxería), os gastos correntes así como os demais gastos derivados da íntegra prestación do servizo da Escola Municipal de Música”*. Engádese que *“Os licitadores deberán presentar unha proposición económica con suxeición ao Anexo I do presente prego, detallando a súa oferta, en función do prezo unitario ofertado”*. O prezo/hora servizo estaba fixado en 38,67€.

Cando acudimos aos criterios de adxudicación no PCAP, apartado 9, vemos que a máxima puntuación é para a proposición económica (35 puntos), co seguinte tenor:

“Outorgarase a máxima puntuación á oferta máis vantaxosa, valorándose as demais proporcionalmente con esta, segundo a seguinte fórmula:

Puntuación= (oferta máis económica sen IVE/oferta económica presentada sen IVE)x35”



E sobre as baixas, se recolle:

“Considerarase que unha oferta económica presenta valores anormais ou desproporcionados cando a porcentaxe de baixa sexa superior ao 10% sobre o prezo/hora licitación.

En todo caso e toda vez que a porcentaxe de baixa aplicárase aos prezos máximo/hora de licitación (IVE excluído), o importe total da adxudicación coincidirá co orzamento de licitación, revertindo dita baixa nun maior número de horas de prestación do servizo”

A maiores, significar que a subrogación do persoal operaba nesta licitación como criterio de adxudicación (20 puntos). O noso recorrente, licitador único como vimos, acudiu a esta licitación sen ofrecer este aspecto.

A outra referencia á subrogación (20.3 PCAP) é a xenérica de que se someterá á normativa laboral de aplicación e aos convenios colectivos vixentes do persoal afectado, cun listado de persoal a subrogar como anexo II.

Verbo do PCAP, hai que deterse evidentemente na cláusula 12.4, referida ao sobre 3, de proposición económica, con esta literalidade:

“12.4.- SOBRE Nº 3 SUBTITULADO: Proposición económica e oferta relativa aos criterios de adxudicación avaliábles mediante cifras ou porcentaxes para a licitación, mediante procedemento aberto, da contratación do servizo de dirección pedagóxica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e das actividades da escola municipal de música de Santiago de Compostela CON/7/2018.

O contido da oferta económica será redactado segundo o modelo anexo ao presente prego, sen erros ou tachaduras que dificulten coñecer claramente o que o órgano de contratación estime fundamental para considerar as ofertas, e que, de producirse, provocarán que a proposición rechazada. Na proposición económica, que non deberá superar o orzamento de licitación establecido na cláusula 6 do presente prego, deberá indicarse, como partida independente, o IVE.

Así mesmo, incluírase neste sobre a oferta de melloras (criterios A.2, A.3, A.4, A.5 e A.6), que axustárase, en calquera caso e exclusivamente, as definidas e propostas neste prego, e un estudo económico detallado que permita garantir a viabilidade económica da proposta, non debendo ser este un documento xenérico, se non unha precisa análise dos custos do contrato onde se recollan especialmente os

custes salariais individualizados, coa finalidade de confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación.

Será motivo de exclusión da licitación, o feito de que a documentación incluída neste sobre non estea subscrita na súa totalidade polo licitador, ou non vaia acompañada dunha relación dos documentos que a integran asinada polo licitador, na que declare, baixo a súa responsabilidade, ser certos os datos achegados. Esta deficiencia unicamente poderá ser subsanada coa presenza do apoderado da empresa no acto público de apertura deste sobre.”

Por outra banda, na cláusula 21 sobre “condicións especiais de execución do contrato e obrigas contractuais esenciais”, non vemos ningunha referencia ao convenio colectivo.

Se pasamos a estudar o sucedido neste procedemento, como dicíamos, ESPROADE S.L foi a única que se presentou a esta licitación.

Se acudimos á súa oferta económica podemos significar o seguintes aspectos. En primeiro lugar, que reproduce todos os apartados esixidos naquel Anexo I requirido pola cláusula 6 e 12.4, que recolle a expresión de que acepta todas as condicións do PCAP e PPT, e que non aporta a subrogación como parte da súa oferta. Engade un estudo económico, dentro do cal recolle unha cifra para gastos de persoal, sen máis estruturación ao respecto.

Tal oferta foi obxecto de informe da técnica economista da oficina de promoción económica municipal con data 14.05.2018, no que se le:

“O Concello de Santiago encargou unha “Memoria Económica do procedemento aberto multicriterio, suxeito a regulación harmonizada, tramitación ordinaria e documentalmente simplificada para a contratación do Servizo de dirección pedagóxica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e das actividades da escola municipal de música de Santiago de Compostela” no que se realiza unha detallada análise de custos para a determinación dos gastos do servizo, e en particular se analizan os custes de persoal partindo dos datos aportados pola contrata no momento da súa elaboración. Neste informe calcúlase unha base de licitación por importe de 425.848,83€ ano, dos que 390.900,31€ corresponderían a custes de persoal.

Analizado o contido da mencionada “Memoria Económica do procedemento aberto multicriterio, suxeito a regulación harmonizada, tramitación ordinaria e



documentalmente simplificada para a contratación do Servizo de dirección pedagóxica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e das actividades da escola municipal de música de Santiago de Compostela” e a información aportada pola empresa licitante ESPROADE S.L. no seu estudo económico esta técnica INFORMA

A empresa Esproade S.L. inclúe no seu estudo económico custos de persoal por importe de 398.195,26 € cifra superior á calculada na memoria económica encargada polo Concello. A empresa licitante unicamente inclúe como estudo económico unha táboa simple no que non existe detalle ningún sobre os custos salariais individualizados como esixe o prego administrativo no seu punto 12.4. Non é posible realizar análise ningunha sobre o cumprimento do convenio colectivo de aplicación ao non aportarse ningún tipo de desglose pormenorizado de todos os custos da estrutura de persoal proposta nin existe ningún tipo de anotación sobre ela no estudo económico.

En relación aos gastos correntes todas as partidas teñen custos superiores aos calculados na memoria económica encargada polo Concello.

Polo que a criterio desta técnica, sen entrar a valorar a viabilidade técnica, de operación e calidade, os datos económicos presentados pola empresa ESPROADE S.L. son no ámbito xeral coherentes coa memoria económica encargada polo Concello pero non cumpren o esixido polo prego no seu punto 12.4 ao non ser un estudo detallado que permita garantir a viabilidade económica da proposta, posto que se trata dunha táboa simple sen xustificación ningunha das cifras nela recollidas e sen unha análise dos custos salariais individualizados, coa finalidade de confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación.”

Tal informe foi elevado á mesa de contratación de 16.05.2018 onde ante a proposta de exclusión por parte do presidente da mesa, a viceinterventora municipal manifesta que *“en absoluto considera que a falta de detalle do estudo económico deba calificarse como un incumprimento insubsanable dos requirimentos do prego, e que procedería darlle un prazo ó licitador para completar a documentación aportada”* Recóllese que o director da asesoría xurídica defende a postura contraria, baseada en que estamos perante a falta dunha documentación técnica, non emendable.

Un dos vogais presentes propón que esas análises se fagan por escrito e o presidente e outros vogais da mesa móstranse conformes, polo que se decide convocar unha ulterior reunión da mesa, tras eses informes.

O 16.05.2018 o director da asesoría xurídica do Concello asina o seu informe onde expresa que a cláusula 12.4 do prego administrativo esixe que o sobre nº 3 conteña un estudo económico detallado cunha precisa análise dos custos do servizo e proscribe expresamente calquera clase de documento xenérico e que ESPROADE S.L. presenta unha táboa simple. Afirmar que o incumprimento do prego pola proposición da empresa é manifesto, e non emendable por non poderse emendar a oferta técnica e económica, segundo as resolucións dos Tribunais administrativos que cita.

A viceinterventora emite o seu informe o 18.05.2018, onde expresa que a cláusula 12.4 non establecía un modelo concreto para ese desglose do estudo económico, nin como causa de exclusión a falta da concreción nos custos laborais individualizados. Considera que o fin de tal cláusula é garantir a viabilidade económica da proposta e confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación. Ao respecto resalta que o licitador oferta un prezo de 38,67 €/hora, tan só un 0,39% por debaixo do prezo unitario de licitación, que o informe da técnica economista cualifica os datos económicos como de coherentes no ámbito xeral coa memoria económica, sendo os dous apartados máis relevantes, como son os custes de persoal e gastos correntes superiores aos previstos na memoria económica, e que nos custes de persoal, o feito de que prevegan uns custes lixeiramente superiores son indiciarios de cumprimento do convenio colectivo nos termos que ao mesmo se refire na Memoria Económica do expediente de contratación.

As súas conclusións son: a falta de detalle na memoria económica presentada polo licitador non é neste caso, a xuízo desa Intervención, causa suficiente para a súa exclusión automática e que tendo en conta os pronunciamentos xurisprudenciais ou doutriniais, e subliñado o carácter restritivo da posibilidade de solicitar aclaracións na oferta económica, entende que ditos límites non afectaría a este caso particular, polo que defende que se pida á empresa de aclaración dos detalles da memoria económica omitidos a que fai referencia o informe da técnica economista.

Reunida novamente a mesa de contratación o 21.05.2018, un vogal considera oportuno solicitar ditame do Consello Consultivo, ante o que o presidente da mesa responde que non se pode demorar máis a decisión.

Seguidamente o director da asesoría e a viceinterventora se ratifican nas súas consideracións. Logo, a técnica economista municipal aporta que o estudo económico presentado era unha táboa sen explicacións ao que a viceinterventora responde que *“a oferta é copia case literal do que esixe o prego, apenas sen melloras, e que no*

prego non se requiría o detalle, xa que o concello tampouco o ten. Por todo ilo entende que a empresa non pode ser excluída”. Tras outros intercambios de opinións se chega á votación sobre excluír a empresa e declarar deserta a licitación onde hai 3 votos a favor, 1 en contra (a viceinterventora) e unha abstención, esta realizada a pesar da advertencia do secretario de que non cabe esta postura.

En base a isto, a Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela, na sesión extraordinaria-urxente de 21.05.2018 adoptou o acordo de:

“Excluír á empresa ESPROADE S.L do proceso de contratación do servizo de dirección pedagóxica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e das actividades da escola municipal de música de Santiago, e declarar deserto este concurso ao ser a dita empresa a única candidata; por mor do inicado na citada acta da 4ª reunión da Mesa de contratación e na documentación obrante da que se deu conta”

Noveno.- Como antes expresábamnos a operatividade dos convenios colectivos na licitación, e das cláusulas socias en xeral, é un debate complexo, con evolución e posturas non uniformes, sexa no contexto do TRLCSP.

Neste sentido, a postura do Concello ten como alicerce entender que procede dar o máximo efecto – a exclusión- á esixencia recollida nunha mención do apartado 4 da cláusula 12 do PCAP, o cal é unha postura, en principio, non desdeñable en dereito certamente. Agora ben, este TACGal, como xa avanzamos na nosa Resolución 24/2018, considera que, en aras aos bens xurídicos que se dan na licitación, e no equilibrio e proporcionalidade que se debe buscar nos mesmos, a literalidade é un valor, sen dúbida, especialmente relevante pero sempre ligado a unha interpretación conforme en relación, tanto ao conxunto das condicións da concreta licitación, para que sexa unha totalidade coherente entre si, como en relación con aqueles bens xurídicos e mandatos normativos que non se poden desatender.

De feito, no seno da propia mesa de contratación xurdiron dúbidas sobre a postura a adoptar, actuando prudentemente tal Administración municipal ao solicitar afondar sobre as mesmas, o que se fixo coa emisión de informes sobre as diferentes posturas. Estes foron emitidos, con explicacións prolixas e fundadas, todo o cal denota a complexidade referida, o que, obviamente, debe afrontar este Tribunal, pero que xustifica a necesidade de analizar o debate con toda a perspectiva que merece.

Entón, sen perder de vista que aquí nos ocupa resolver o caso concreto, son oportunas algunhas referencias previas para atopar esa interpretación coherente no suposto que debemos axuizar.

Por comezar nesa análise, na nosa Resolución TACGal 2/2018, xa fixemos algunhas consideracións sobre a incidencia, de partida, dos convenios colectivos na licitación– aí referidas ao prezo e orzamento do contrato–:

“Existe unha doutrina moi consolidada dos Tribunais de recursos contractuais en interpretación do artigo 87.1 TRLCSP. Traemos aquí algunhas desas consideracións, concretamente vertidas polo TACRC, por exemplo, na súa Resolución 997/2017:

“(...

En fin, es muy reiterada la doctrina del Tribunal que sostuvo (Resoluciones 310/2012, de 28 de diciembre, 83/2013, de 20 de febrero, 112/2013, de 21 de marzo, 251/2013, de 4 de julio, 341/2013, de 2 de septiembre, 143/2014, de 21 de febrero, 313/2014, de 11 de abril, 629/2014, de 8 de septiembre, 794/2014, de 24 de octubre, 891/2014, de 5 de diciembre, 264/2013, de 4 de julio, 185/2012, de 6 de septiembre, y 88/2015, de 30 de enero, entre otras muchas) que, a la hora de fijar el presupuesto de un contrato, el órgano de contratación debe partir siempre del principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1 del TRLCSP.

(...

A tenor del expuesto, es doctrina que de forma reiterada mantuvo el Tribunal hasta la fecha la de que los convenios colectivos no vinculan a la Administración contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, aunque constituyen una fuente de conocimiento (aunque no la única), a efectos de determinar el valor de mercado (artículo 87.1 del TRLCSP). Lo fundamental, en suma, es que el presupuesto de licitación esté en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido (Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, o 292/2012, de 5 de diciembre), siendo forzoso reconocer en esta materia una amplia margen de estimación a la Administración (Resolución 420/2013, de 26 de septiembre).

(....)”

Centrados xa na cuestión das cláusulas sociais, o aspecto onde, nesa evolución da cuestión, tivo máis percorrido foi na posibilidade de incluílas como condicións de execución, pola redacción aberta do artigo 118 TRLCSP.

Por exemplo, foi admitido polo Informe 16/2014 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ou na Recomendación 2/2017 da Xunta Consultiva de Canarias, aquí con mención a cando se contraten prestacións no que o compoñente económico fundamental veña constituído polo custe de man de obra e condicionado a que se debe *“concretar en los correspondientes pliegos los requisitos precisos para entender cumplida la citada obligación así como las consecuencias de su incumplimiento por el contratista”*.

A Sentenza TXUE 15.11.2016, caso Regiopost, pareceu aberta a esta posibilidade (aínda sen perder de vista que do que trataba era da obriga de respectar un salario mínimo fixado por unha norma legal para poder participar en licitacións públicas), sobre todo, porque había Sentenzas previas cunha liña moito máis restritiva como a de 03.04.2008, caso Ruffert, que entón se podía entender que se superaba.

Houbo Tribunais de recursos contractuais que o admitiron como condición de execución, como o de Canarias (Resolución 42/2018) ou de Madrid (por todas, Resolución 196/2017). En cambio, chegou a unha conclusión contraria a Resolución TACRC 160/2016, por ser contraria á libre prestación de servizos.

A inclusión de cláusulas sociais como criterio de adxudicación tamén tivo a súa problemática.

Así, existiron Tribunais de recursos contractuais que vincularon esa posibilidade a unha efectiva ou directa vinculación ao obxecto do contrato e á proporcionalidade, en canto que non provocara distorsións ou discriminacións entre os licitadores (Resolucións número 423/2016 , 222/2016 y 130/2015 TACRC, ou Resolucións 90/2016 e 160/2016 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, TACP Canarias en adiante). Por outro lado, Xuntas Consultivas como a de Canarias na Recomendación 2/2017, antes citada, admitiunas como condición de execución pero non como criterio de adxudicación. Pola súa banda, a S. TXUE de 10.05.2012, asunto c-368/10, abriu o debate do nivel de vinculación esixible a tales efectos.

Nesa falta de uniformidade descrita, houbo Tribunais Administrativos con criterios máis expansivos a estes efectos, se ben nesta escolma debemos entón citar tamén a

Sentenza de 07.06.2017 do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, que o rexeitou por considerar que *“supone una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial de los trabajadores”*.

“El criterio controvertido asigna 15 puntos al compromiso empresarial de aplicar a los vigilantes que presten el servicio de vigilancia y seguridad el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad vigente en todo lo relativo a retribuciones, y no cabe duda razonable que ello, además de no ofrecer una directa relación con el objeto del contrato en términos de comparación con los criterios de valoración recogidos en el artículo 150.1 del TRLCSP -que tampoco se justifica por el órgano de contratación según se apunta en la resolución del TACP impugnada-, supone una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial de los trabajadores, que ha de quedar excluido de los criterios de valoración de ofertas a efectos de la adjudicación de un contrato por cuanto que si la empresa cumple con los parámetros retributivos establecidos correspondientes a sus trabajadores, no hay razón objetiva para primar la aplicación de una u otra regulación de salarios, máxime cuando, como invoca la parte hoy recurrente, los artículos 84.1 y 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores avalan la posibilidad de sustituir los convenios colectivos nacionales por convenios de empresas,siendo de advertir además que dentro del total de 75 puntos de "Criterios valorables en cifras o porcentajes" del apartado 2.2 del Anexo I del PCAP del contrato de referencia, la asignación de 15 puntos al criterio social analizado resulta desproporcionado en comparación con los 40 puntos para la oferta económica.”

O lexislador galego, para co sector público autonómico, fixou o seu criterio normativo na lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico.

“Artigo 25. Contratación pública ecolóxica e socialmente responsable 2. En particular, ponderarán a inclusión de criterios sociais e medioambientais como criterios de adxudicación e como condicións especiais de execución do contrato, coas súas correspondentes penalidades. En calquera caso, os criterios e as condicións que se inclúan deberán gardar relación directa co obxecto do contrato.”

De todas formas, o certo é que, como vimos, as condicións de licitación que nos ocupa non estableceron como condición de execución o cumprimento salarial do convenio colectivo de aplicación nin tampouco obrou, como tal, nos criterios de adxudicación, polo que non é necesario avanzar nestes debates.

Décimo.- Unha vez establecido que o cumprimento salarial do convenio non foi configurado nesta licitación como cláusula de adxudicación nin como condición de

execución, é lóxico concluír que non pode indirectamente entón operar esta esixencia como se algún deses camiños estivera efectivamente implementado.

Tamén debemos lembrar que o que se nos somete a este TACGal é se é conforme a dereito a decisión do Concello de exclusión, non porque se considera que a oferta non cumpre co convenio, senón pola cuestión documental de non presentación dos custes laborais individualizados, con amparo nunha frase dun parágrafo da cláusula 12.4.

Ante todo entón, dado que tal cláusula trata sobre a oferta económica, é imprescindible analizar o debate que nos ocupa nese contexto, o da oferta económica como tal, algo a non perder de vista.

A maiores, non por coñecido non debe ser traído que a exclusión é un resultado especialmente gravoso, polo que a proporcionalidade non é un principio menor ao respecto.

Por exemplo, é criterio amplamente acollido que para excluír unha oferta sobre a consideración de que durante a execución do contrato o licitador pode non cumprir co requirido, só cabe facelo no caso da constatación na oferta de datos que leven a tal conclusión. Referida á oferta técnica, a Resolución TACRC 691/2017 explica:

“Así hay que tener en cuenta que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, mención al PCAP que se extiende al pliego de prescripciones técnicas.

(...)

Conciliando ambas consideraciones, la de la naturaleza del PPT como documento dirigido esencialmente a la adjudicación y no a la regulación de la licitación, y la obligación que cumplimiento de ambos pliegos, hemos dicho (así Resoluciones 325/2011, de 21 de diciembre, y 19/2012, de 18 de enero, 250/2013, 548/2013, 29 noviembre, 4 de julio, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, 551/2014 de 18 de julio, 763/2014, de 15 de octubre y 560/2015, de 12 de junio) que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT no es, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir; ahora bien si de las especificaciones de la

propia oferta cabe concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento, cabe la exclusión.”

A maiores, existe outros principios que non se poden descoñecer para resolver este debate.

Un deles é que, evidentemente, se unha Administración saca unha licitación é porque hai un interese público en que se realice a obra, subministración ou servizo que se solicita ao mercado, polo que existe tamén tal interese xeral en que se culmine a contratación.

Unido a isto, outro valor, moi relevante, é o da concorrência, que impide que nas decisións de exclusión prevaleza o formal sobre o material, a forma sobre o fondo, ou dito doutra forma, a forma sobre o que se trata de garantir coa formalidade. Por exemplo:

- Resolución 60/2017 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León (TARCCYL):

“En relación con la cuestión tratada, junto al principio de igualdad debe considerarse, además, el principio de concurrencia, también enunciado en el artículo 1 del TRLCSP. Como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclinan cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando que “una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia”.

- Resolución TACRC 348/2018:

“La exclusión del licitador que cumple con la presentación de su proposición, (que incluye por imperativo del PPT la obligación de aportar unos mínimos medios técnicos) en los términos que vinculará al licitador a lo largo de la vida del contrato y que no se ha visto alterada salvo en un aspecto accidental y no esencial, supondría una consecuencia excesivamente severa y desproporcionada”

Outro principio a respectar é que o xogo da licitación pública pivota de forma relevante sobre que deben ser os licitadores os que tomen as decisións verbo a configuración da súa oferta económica, cos límites que o órgano de contratación determine respecto ao limiar das baixas anormais ou desproporcionadas, o cal nos achega entón ao núcleo da cuestión que nos ocupa, no tocante aos bens xurídicos a atender.

Por exemplo observamos como, no seno da nosa Comunidade Autónoma – o cal é traído a efectos ilustrativos pois foi acordado para o sector público autonómico-, a “Guía para unha contratación pública responsable no sector público autonómico”, aprobado polo Consello da Xunta e Galicia do 17.06.2015, interpretou como a cuestión do axuste das ofertas económicas ás obrigas laborais e sociais ten o seu campo de acción no tocante á cuestión das baixas anormais ou desproporcionadas, onde o poder adxudicador, a través duns pregos claros e precisos, podería fixar criterios para con esta finalidade:

“De acordo co artigo 56.1, in fine, da directiva: “Os poderes adxudicadores poderán decidir non adxudicar un contrato ao licitador que presente a oferta economicamente máis vantaxosa cando comproben que a oferta non cumpre as obrigas aplicables recollidas no artigo 18, número 2”. En relación con este precepto, o artigo 69, relativo ás ofertas anormalmente baixas, determina que as explicacións que debe proporcionar o operador económico para xustificar a súa oferta anormalmente baixa pódense referir, entre outros aspectos ao “cumprimento das obrigas a que se refire o artigo 18, número 2”, que inclúen as súas obrigas laborais e sociais. E engade:

“Os poderes adxudicadores rexeitarán a oferta se comproban que é anormalmente baixa porque non cumpre as obrigas aplicables recollidas no artigo 18, número 2”.

Así mesmo, pódense incluír como criterio de oferta anormalmente baixa ou desproporcionada aqueles criterios que permitan determinar que na subcontratación de determinadas prestacións obxecto do contrato se cumpren as obrigas sociais e laborais (art. 69.2.e en relación co artigo 71.1 e 18.2 da directiva).

Exemplos: nun contrato que supoña a obriga de subrogar persoal poderíase incluír un criterio de oferta anormal ou desproporcionada como este:

“Considerarase en todo caso unha oferta como desproporcionada ou anormal cando o prezo ofertado sexa inferior ao importe correspondente aos custos salariais mínimos para o persoal subrogado, segundo o custo indicado non anexo ...

Neste caso, o licitador deberá xustificar, como mínimo, que a súa oferta cumpre as obrigas sociais e laborais exixibles na execución do contrato”.

Tal Guía, como vemos, baséase no que entende que é o camiño que marca a Directiva 2014/24/UE, o que damos por reproducido aos nosos efectos.

Non é unha liña illada, nin moito menos, porque esa é a configuración – referencialo á cuestión das baixas- que esixen diversas resolucións dos Tribunais de recursos contractuais cando se lles somete o debate de confrontar a oferta económica en si co cumprimento das obrigas salariais ou, en xeral, convencionais.

Por exemplo, o Acordo 90/2015 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, ao explicar que:

“En segundo lugar, no se puede concluir, tal y como alega la recurrente, que la resolución de adjudicación sea contraria a Derecho, y que la baja realizada por OS ZAGALES y por OCÉANO ATLÁNTICO les vaya a impedir cumplir con la obligación contractual, con la única argumentación de que incluyan en su oferta unos importes de precio/hora por debajo de Convenio; dado que, una cosa es la oferta económica realizada, y otra el obligatorio cumplimiento de las condiciones laborales por la empresa que resulte adjudicataria. Máxime teniendo en cuenta que ninguna de las dos ofertas ha incurrido en los supuestos establecidos en el PCAP para ser consideradas como oferta anormal o desproporcionada. Resulta evidente que, en el periodo de ejecución del contrato, deberá respetarse el cumplimiento de la normativa laboral, y que, un hipotético incumplimiento de las obligaciones salariales que deriven del convenio laboral puede ser motivo de rescisión del contrato, pero, por si solo, no es causa para excluir a las ofertas.

Así lo mantiene también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas resoluciones, por todas las Resoluciones 887/2014 y 634/2014, donde expone: (...)

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que en su Resolución 20/2014 mantiene que: (...)

Destacamos que ademais esa referencia cara á cuestión das baixas anormais ou desproporcionadas permite todo un procedemento contradictorio e de análise que ampara unha ulterior decisión motivada e reflexionada, ante ese efecto tal gravoso como pode ser a exclusión dun licitador.

Agora ben, no marco do TRLCSP (no artigo 149.4 LCSP 2017 xa existe unha referencia *ex lege*, o cal ratifica como para o lexislador vixente isto tamén ten relación coas baixas con presunción de anormalidade), isto esixiría que os pregos, ao regular o limiar de temeridade, fixe criterios claros ao respecto, o que non sucede no noso caso pois, como vimos, ao regular esta cuestión, non fai ningunha referencia específica sobre o que nos ocupa. Unha vez máis, se non estaba nese apartado, dificilmente podemos logo buscar ese efecto noutra pasaxe dos pregos.

Así, ten especial valor a escolma da cuestión que fai a tamén recente Resolución 27/2017 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias:

“En este punto, debemos recordar la pacífica y reiterada la doctrina, tanto de los tribunales y órganos Administrativos competentes para resolver los recursos en materia contractual, como de las juntas consultivas de contratación administrativa, con respecto a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han considerado a la hora de elaborar su oferta económica:

1. La Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso los efectos derivados de un convenio colectivo, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando al órgano de contratación a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos que influyan en la proposición económica, como pudiera serlo, por ejemplo, el pago de Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones, otros aspectos de la legislación laboral, etc..

2. Si una empresa cuya oferta contiene “valores anormales o desproporcionados”, a la hora de justificar que puede cumplir la misma en aplicación de lo previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP, expone, o se deduce de la información presentada, que las condiciones salariales del personal adscrito a la ejecución del contrato no cumplirán el mínimo exigido por la normativa, legal o convencional, de aplicación, el órgano de contratación podrá apreciar en tal caso que la indicada oferta no es viable y excluirla de la correspondiente clasificación.

3. Sin embargo, el poder adjudicador no puede excluir una proposición por ofrecer el licitador un precio que, en sí mismo considerado, no permite cubrir los costes laborales exigidos por la normativa aplicable, sin determinar previamente si dicha oferta contiene valores anormales o desproporcionados según las previsiones contenidas al efecto en los pliegos que rigen la licitación, y, desde luego, no podrá excluirse por dicho motivo la oferta que no se encuentre incurso en tal presunción.

4. En todo caso, el órgano de contratación habrá de tener en cuenta los distintos factores que pudieran justificar la viabilidad de la oferta incurso en presunción de ser anormal o desproporcionada a pesar del bajo precio ofrecido (posibles subvenciones recibidas por la empresa, exenciones o bonificaciones fiscales o de Seguridad Social, etc...).

En tal sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (valga por todas, sus resoluciones 42/2013 y 44/2017), y así también lo ha hecho la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su ya clásico informe 34/2001, de 13 de noviembre.”

Chegados a este punto, debemos entón retomar a análise do caso concreto, e da oferta económica presentada.

En primeiro lugar, hai que ter en conta que nos atopamos nun procedemento cun único licitador, o que determina que a súa exclusión supoña a declaración como deserta da licitación.

Outro aspecto a ter en conta neste concreto suposto é que a oferta técnica do licitador xa foi obxecto de valoración, obtendo a puntuación mínima necesaria para non ser excluída e poder continuar no procedemento. É dicir, o órgano de contratación entendeu que a oferta da adxudicataria cumpre coas esixencias técnicas dos pregos e que pode, a este respecto, ser adxudicataria do contrato.

Centrados xa na oferta económica do recorrente, que foi o analizado para coa súa exclusión, tamén hai diversos aspectos a ter especialmente en conta, e que se xa poñen de relevancia no informe da viceinterventora municipal, obrante no expediente:

- En primeiro lugar, e tendo en conta que o prezo da licitación está formulado en termos de prezo/hora, o informe da Intervención recolle que:

“O licitador oferta un prezo de 38,67 €/hora, tan só un 0,39% por debaixo do prezo unitario da licitación”.

- Iso determina, segundo o dito informe, que no suposto de prestación das horas máximas anuais recollidas na memoria económica municipal, *“a diminución de ingresos que suporía a baixa da empresa sería de 1.645,58€ anuais”*, sobre un importe anual de 425.848.83€.

- Sinala tamén o dito informe que a oferta da empresa *“reflicte tanto nos custes de persoal como nos gastos correntes, un importe superior aos reflectidos na memoria económica que forma parte do expediente”*. Concretamente, e polo que se refire aos gastos de persoal, segundo a memoria económica municipal estes ascenderían a 390.900,31€, sendo os indicados na oferta da recorrente 398.195,26€. Polo tanto, aquí hai aumento, non baixa.

- En base ao dito, o propio informe da Intervención municipal conclúe que *“parece deducirse que non hai un afastamento relevante dos propios datos que reflicte a memoria económica do expediente, na que se prevé unha marxe de 20.278.52€ de beneficio industrial”*.

Tamén ten especial relevancia o informe da técnica economista da oficina de promoción económica, por ser a súa conclusión a que acolle o acordo de exclusión e o citado no informe do órgano de contratación remitido para este recurso especial. Pois ben, o que se le naquel informe é que o Concello encargou unha memoria económica *“na que se realiza unha detallada análise de custos para a determinación dos gastos do servizo e, en particular, se analizan os gastos de persoal”*

E polo que se refire á concreta oferta económica da recorrente engade: *“A empresa ESPROADE S.L. inclúe no seu estudo económico custes de persoal por importe de 398.195,26€, cifra superior á calculada na memoria económica encargada polo Concello de Santiago”*. E no seu apartado final, como conclusión especifica: *“Os datos económicos presentados pola empresa ESPROADE S.L. son no ámbito xeral coherentes coa memoria económica encargada polo Concello”*.

Iso é, no tocante a gastos de persoal, o que se lle traslada a este TACGal é que a oferta está por enriba dos propios cálculos municipais a efectos de que se cubran os custes de persoal. Como dicíamos, aquí non hai nin sequera baixa, senón elevación.

Lembremos que para tal informe da técnica economista o problema non é a contía prevista como tal na oferta económica para cos gastos de persoal, senón que

“unicamente inclúe como estudo económico unha taboa simple na que non existe detalle algún sobre os custes salariais individualizados como esixe o prego administrativo...Non é posible realizar análise algunha sobre o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación” e engade que o presentado pola empresa non é *“un estudo económico detallado que permita garantir a viabilidade económica da proposta”*. Remarcamos como este informe e, polo tanto, o acordo de exclusión, estima que a concreta existencia prevista na cláusula 12.4 PCAP trata, en realidade, da viabilidade económica da oferta.

Hai que ter en conta neste sentido, e no que se refire ao ámbito formal da oferta económica da recorrente, que a mesma se axusta ao modelo incluído no Anexo I do PCAP, e incorpora un documento denominado estudo económico, se ben o Concello o que entende é que non está suficientemente detallado. Cómpre salientar ademais que a oferta recolle expresamente o compromiso formal de *“cumprir o contrato con estrita suxeición”* aos pregos da licitación. É dicir, a oferta en si mesma non carece formalmente de ningún dos documentos previstos no PCAP.

De feito, quedarse só na literalidade máis estrita desa cláusula, con abstracción de todo o demais, faría aparecer tamén dificultades para a tese da exclusión porque entón, ao mesmo nivel habería que traer que tal apartado 12.4 non anuda *literalmente* a falta de concreción nos custes laborais a unha exclusión, cando si o fai, por exemplo, para outros aspectos da oferta económica. Tamén existirían dificultades de entendemento na frase na que se basea a exclusión decretada posto que, unido ao xa dito de falta de referencias noutras pasaxes dos pregos, se fala, nese apartado 12.4 de *“confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación”*, como vemos, en plural, o cal coloca en serias dificultades ao licitador de comprender cal era ese parámetro de contraste que se lle íría a utilizar. E, ademais, esta interpretación literal determinaría a exclusión automática dun licitador que practicamente oferte o prezo de licitación por unha cuestión documental, pero, en cambio, non suporía o mesmo resultado para quen superase o limiar de temeridade, porque a este se lle permitiría, alomenos, a xustificación da súa oferta, todo o cal denota que o camiño interpretativo acollido leva a resultados pouco viables.

De feito, lembremos que a propia cláusula 12.4 PCAP remite expresamente como finalidade do estudo económico a que *“permita garantir a viabilidade económica da proposta”*. Polo tanto, para este TACGal, a interpretación conforme dese apartado 12.4 PCAP só pode pivotar sobre esa cuestión da viabilidade económica da oferta, e iso sen apartarnos da propia literalidade da mesma pois é o parámetro que cita para todo ese parágrafo.

Así debe ser, porque, como vimos na Resolución 27/2017 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, antes reproducida, é doutrina consolidada que *“el poder adjudicador no puede excluir una proposición por ofrecer el licitador un precio que, en sí mismo considerado, no permite cubrir los costes laborales exigidos por la normativa aplicable, sin determinar previamente si dicha oferta contiene valores anormales o desproporcionados según las previsiones contenidas al efecto en los pliegos que rigen la licitación, y, desde luego, no podrá excluirse por dicho motivo la oferta que no se encuentre incurso en tal presunción.”*

De ser outra a intención do órgano de contratación, verbo das cláusulas sociais, xa vimos o marco existente no apartado anterior, vías que, en todo caso, esixen un desenvolvemento claro e expreso nos pregos da licitación, que serían así coñecidas por todos os licitadores. Pero a simple introdución dun requisito formal a cumprimentar na oferta económica, como é a obriga de detallar o estudo económico, non pode supoñer, a criterio do órgano de contratación, a posibilidade de exclusión dun licitador, en aras a asegurar o cumprimento posterior do convenio colectivo. Como expresamos, unha vez o cumprimento salarial do convenio non foi configurado nesta licitación nin como cláusula de adxudicación nin como condición de execución, non pode indirectamente entón operar esta esixencia como se algún deses camiños estivera implementado.

Isto queda acrecentado cando, como vimos, incluso a falta do propio estudo económico non está expresamente previsto – aquí, ademais este se aportou, con mención aos custes laborais, se ben non individualizados-, como determinante de exclusión, como si sucede con outros defectos recollidos no seguinte parágrafo da mesma cláusula, e tamén na cláusula anterior no referente ao sobre 2.

Igualmente, procede citar a recente Resolución 161/2018 do TACP de Madrid, outra vez reconducindo a cuestión ás baixas:

“Entrando al examen de lo alegado, en cuanto a la viabilidad de la oferta económica presentada, debe tenerse en cuenta que el TRLCSP admite que la oferta más económica no sea considerada la más ventajosa cuando en ella concurren características que la hacen desproporcionada o anormalmente baja, permitiendo excepcionalmente, en esos casos, que la oferta inicialmente más económica no sea la adjudicataria. La apreciación de si es posible o no el cumplimiento de la oferta, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que la componen y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible la aplicación automática, sino que exige de la evacuación del trámite previsto en

elcitado artículo 152.3 del TRLCSP. Dicha valoración debe garantizar el principio de contradicción.

Por ello el apartado 3 del artículo 152 del TRLCSP, regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta.

En el caso que analizamos, el órgano de contratación ha puesto de manifiesto en su informe y consta en el expediente, que la oferta no está incurso en baja de acuerdo con los parámetros establecidos en el PCAP. Por otro lado, la recurrente no cuestiona que la baja realizada por la empresa finalmente adjudicataria, no sea considerada temeraria o desproporcionada, sino la inviabilidad económica de la oferta para realizar las prestaciones exigidas.

El artículo 56 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, establece que los poderes adjudicadores podrán decidir no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económica más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple las obligaciones en materia laboral o medioambiental.

Sin embargo, en este caso, el órgano de contratación no ha hecho uso de esta posibilidad, a pesar de la plantilla con el desglose de costes exigida en la presentación de la proposición económica, ya que no ha incluido esa previsión en el Pliego, de manera que se aplican las normas previstas para los supuesto de bajas desproporcionadas o temerarias.

Siendo así, al no darse el supuesto, no procede iniciar el procedimiento contradictorio señalado ni solicitar aclaración o justificación posterior. En definitiva, debe considerarse que la oferta es aceptable”

Así concebida a cuestión, o centro do debate xa non é se isto se reconduce a pedir ou non unha aclaración, senón se dos datos xa obrantes se pode determinar que haxa falta de viabilidade na oferta económica, porque se a resposta é que nada leva a pensar que sexa así, a consecuencia ha de ser a da admisión dunha oferta que, repetimos, nin está en presunción de anormalidade. Por exemplo, a Resolución 395/2018 TACRC destaca que se a oferta permite chegar a unha conclusión, por enriba de aspectos formais, o efecto é a admisión, non pedir aclaración:

“También se ha señalado que cuando el defecto consiste únicamente en que la oferta se ha formulado en un modelo distinto del señalado en los pliegos, pero es posible conocer la voluntad del licitador respecto de todos y cada uno de los extremos de la oferta, no es necesaria la aclaración, debiendo admitirse al licitador (Resolución 1145/2015).”

Situados entón no debate da viabilidade económica da proposición, isto nos reconduce necesariamente, como estamos a ver, ao tratamento das baixas desproporcionadas nesta licitación, pois é a institución para analizar este aspecto. Así, o PCAP fixa con claridade os temas para determinar a viabilidade económica da proposta e se a mesma se pode considerar con presunción de anormalidade ou desproporción. Concretamente, a cláusula 9.3 do PCAP sinala que, aos efectos que nos ocupa, só se considera que unha oferta económica presenta valores anormais ou desproporcionados cando a porcentaxe de baixa sexa superior ao 10% sobre o prezo/hora da licitación.

Así, comprobamos que o órgano de contratación, no momento de fixar as condicións da licitación e entre as varias opcións que nese momento se lle presentaban, decide referir o limiar de temeridade a unha concreta porcentaxe sobre o prezo/hora. Iso determina que calquera licitador dilixente no momento da presentación da súa oferta coñece con claridade que se sobrepasa esa porcentaxe do 10% a súa oferta presumirase como desproporcionada, pero non, en coherencia, se a súa baixa proposta é inferior. Cabe resaltar que é unha porcentaxe fixa e que se remite unicamente ao prezo/hora establecido como tipo na licitación.

Como xa sinalamos na nosa Resolución 25/2018:

“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, lóxicamente, non poderán ser modificadas nin alteradas ao longo do procedemento de licitación.”

Como sabemos entón, a cuestión da falta de viabilidade económica aparece unicamente se a oferta se atopase na situación de baixa desproporcionada, segundo os criterios fixados polo PCAP, ademais, e tras o trámite de audiencia previsto no artigo 152 do TRLCSP.

Hai que lembrar unha vez máis que non nos atopamos ante a valoración da oferta técnica, senón da oferta económica que, como tal, deriva exclusivamente da aplicación directa da fórmula matemática recollida nos pregos, unido a que este licitador se axustou ao Anexo I para a súa presentación, referido aos criterios cuantificables de forma automática. Polo tanto, introducir neste momento da valoración unha variable distinta, non coñecida, a estes efectos, polos potenciais licitadores no momento de presentación da súa proposición, e sobre a cal pivotaría a determinación

da oferta como economicamente viable, supón unha actuación que vulnera o principio de igualdade.

A conclusión entón é que, non é só que a oferta non está en baixa con presunción de anormalidade, senón que da análise do estudo económico da empresa recorrente que fan os propios informes municipais, aparecen datos suficientes para descartar que a súa oferta económica incumpra as esixencias económicas previstas nos pregos, ou, dito en forma negativa, non permiten suscitar ningunha dúbida que permita cuestionalo, ou nada se trasladou a este TACGal a este respecto.

En primeiro lugar, porque a súa baixa é do 0,39% respecto ao tipo de licitación. Isto determina xa que a posible falta de concreción no seu estudo económico sexa pouco relevante, porque se a empresa se axusta case exactamente ao tipo de licitación fixado polo Concello, non cabe admitir que a mesma, nesas condicións, se poida entender como economicamente inviable, estando moi alonxada da porcentaxe fixada polo propio poder adxudicador para considerala en presunción de anormalidade ou desproporción.

Lembramos que a cláusula 6 PCAP explicaba que *“na determinación do prezo/hora lectiva se inclúen os gastos de persoal docente e non docente (administrativo e conserxería), os gastos correntes así como os demais gastos derivados da íntegra prestación do servizo da Escola Municipal de Música”*. Polo tanto, se ese prezo/hora xa se calculou tendo en conta os gastos de persoal, e o que ofrece o licitador é practicamente ese (sen, como queda patente, baixa a considerar desproporcionada), non se nos traslada como se requiría de máis información para poder a chegar a ser considerada como economicamente inviable, pois nada permite apuntar nesa dirección, senón todo o contrario.

Pero é que ademais disto, a oferta precisamente cifrou, no seu estudo económico, cal era a cantidade exacta para gastos de persoal. É dicir, aquí xa hai unha concreción, e o que resulta do expediente é que tal cifra supera o que o Concello entendeu como necesario cara o cumprimento das obrigas salariais para a prestación do obxecto contractual. Así, dos informes municipais o que chega a este Tribunal é que a oferta *“reflicte tanto nos custes de persoal como nos gastos correntes, un importe superior aos reflectidos na memoria económica que forma parte do expediente”*. Concretamente, e polo que se refire aos gastos de persoal, a oferta da recorrente supera en 7.294,95€ os previstos polo Concello. Como dicíamos aquí nin hai baixa.

E neste momento hai que lembrar que o propio informe da técnica economista indicaba que aquela memoria municipal, que a oferta supera como vemos, realizou, precisamente, *“unha detallada análise de custos para a determinación dos gastos do servizo e, en particular, se analizan os gastos de persoal”*.

A maiores lembramos que a subrogación era aquí puntuable como criterio de adxudicación, pero que o recorrente, licitador único á postre, xa recolleu expresamente na súa oferta económica que non se acollía a tal mellora, na resposta que sobre tal cuestión se preguntaba no Anexo I do PCAP, polo que tampouco a información de custos individualizados para con esta proposición podía ter tal dirección.

En todo caso, con abstracción agora a esa referencia como criterio de adxudicación – sobre o que neste axuizamento non procede pronunciarse polo principio de congruencia co debate presentado-, sobre a subrogación e a licitación na Resolución TACGal 2/2018 xa advertimos que: *“a subrogación, como é sabido, nace, no seu caso, de obrigas normativas ou convencionais, non dos pregos (por todas, resolución 46/2018 TACPCM ou informes da Xunta Superior de Contratación da C.Valenciana 5/2015 ou da Junta de Andalucía 1/2006)”*, ao que cabe engadir a referencia, a maiores, da STS 23.01.2017, casación 1874/2015.

Visto todo o anterior entón, traemos novamente aquí que non poden ser entón, ao final, os aspectos meramente formais un fin en si mesmo, tendo ademais en conta que falamos da exclusión do único licitador.

En definitiva, non cabe senón revogar o acordo de exclusión, de forma que se proceda en consecuencia e se continúe conforme corresponda en dereito.

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

1. **Estimar** o recurso interposto por ESPROADE S.L contra a súa exclusión da contratación do servizo de dirección pedagóxica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e as actividades da escola municipal de música de Santiago de Compostela, expediente CON/7/2018, anulando esta exclusión, en virtude do descrito nesta Resolución.

2. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, 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 del 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.