

Recurso nº 53/2018

Resolución nº 45/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Y. R. D. actuando en nombre y representación de ESPROADE S.L contra su exclusión de la contratación del servicio de dirección pedagógica, docencia y organización de los diferentes programas educativos y las actividades de la escuela municipal de música de Santiago de Compostela, expediente CON/7/2018, del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, 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.-** El Ayuntamiento de Santiago convocó la licitación de la contratación del servicio de dirección pedagógica, docencia y organización de los diferentes programas educativos y las actividades de la escuela municipal de música de Santiago de Compostela, con un valor estimado declarado de 1.277.546,49 euros. Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 07.03.2018.

**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 (TRLCSP, en adelante).

**Tercero.-** La Junta de Gobierno de la ciudad de Santiago de Compostela, en la sesión extraordinaria-urgente de 21.05.2018 adoptó el acuerdo de:

*“Excluir a la empresa ESPROADE S.L del proceso de contratación del servicio de dirección pedagógica, docencia y organización de los diferentes programas educativos y de las actividades de la escuela municipal de música de Santiago, y*

*declarar desierto este concurso al ser dicha empresa la única candidata; por causa de lo indicado en la citada acta de la 4ª reunión de la Mesa de contratación y en la documentación obrante de la que se dio cuenta”*

Lo mismo fue notificado al recurrente el 29.05.2018.

**Cuarto.-** En fecha 15.06.2018 ESPROADE S.L (ESPROADE en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación ante el Ayuntamiento.

**Quinto.-** El 29.06.2018 se recepcionó en el TACGal, remitido por el Ayuntamiento, tal recurso, con el expediente e informe del órgano de contratación. El 03.07.2018 se solicitó del Ayuntamiento documentación complementaria, referida a las fechas de notificación del acto impugnado y de presentación del recurso, por no constar en ese expediente enviado. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 06.07.2018.

**Sexto.-** Al no existir más licitadores, no hubo el trámite de audiencia del artículo 56.3 LCSP.

## 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.-** Al amparo del artículo 48 LCSP, ostenta legitimación el recurrente por cuanto que fue su oferta la excluida.

**Cuarto.-** En base a las fechas citadas, el recurso fue presentado en plazo.

**Quinto.-** Estamos en presencia de un contrato de servicios de valor estimado de 1.277.546,49 €, por lo que es admisible el recurso según el artículo 44.1.a) y 2.b) LCSP.

**Sexto.-** El recurso, junto con los argumentos que aporta, cita, como también pilar de su posición, el informe de la viceinterventora municipal del 18.05.2018.

Sobre la exclusión por ausencia de detalle en el estudio económico, expresa que, en lo que nos ocupa, ese detalle en lo referente a los datos salariales tendría sentido si la oferta aportara la mejora de la subrogación, lo que no sucede con esta proposición. Afirma también que la oferta no fue, en todo caso, calificada como desproporcionada o temeraria.

También menciona que lo que el pliego sanciona con la exclusión son determinados incumplimientos expresos (no suscribir todos los documentos o falta de relación de documentos) pero nunca menciona tal consecuencia para el mayor o menor detalle del estudio económico.

Defiende también la viabilidad económica de su oferta de forma que su pretensión primera es que se revoque la exclusión y continúe el procedimiento y, la subsidiaria, que no cabría la exclusión sin una previa petición de aclaración, pidiendo una retroacción a estos efectos.

**Séptimo.-** El informe remitido desde el Ayuntamiento para este recurso especial sostiene que el presupuesto de partida del debate es que la cláusula 12.4 del pliego administrativo exige que el sobre nº 3 contenga un estudio económico detallado con un preciso análisis de los costes del servicio y proscribiera expresamente cualquier clase de documento genérico, mientras que ESPROADE presenta una mera tabla simple. Afirma que el incumplimiento del pliego por la proposición de la empresa parece, por tanto, patente y manifiesto sin que se precisen muchas elucubraciones.

Añade que el centro del debate está en si esa omisión o deficiencia de la proposición puede ser o no objeto de solicitud de aclaración por parte de la mesa y de enmienda por la licitadora. Responde que no porque una reiterada doctrina jurisprudencial y administrativa precisa que la posibilidad por parte de los licitadores de emendar errores en la documentación se refiere exclusivamente a los que se produzcan en la denominada documentación general o administrativa relacionada con el artículo 146 del TRLCSP, destinada a justificar las condiciones de capacidad y solvencia de los licitadores, no en las ofertas técnicas o económicas.

**Octavo.-** La cuestión que se nos presenta tiene la problemática intrínseca al debate referida a como pueden operar las cláusulas sociales, y concretamente el cumplimiento de los convenios colectivos, en la licitación, y esto en relación a un contrato sometido al TRLCSP. A este respecto, la nueva ley, la LCSP 2017, toma

posición en determinados aspectos del debate, pero la cuestión era menos determinista en el marco del TRLCSP.

Evidentemente, lo que nos ocupa aquí es resolver el caso que se nos presenta, pero para abordar lo mismo primeramente debemos hacer una serie de consideraciones.

La primera descripción, por lo tanto, debe estar referida a las condiciones de esta licitación, para seguidamente mencionar lo que sucedió en el seno de la misma.

El Ayuntamiento de Santiago de Compostela convocó la licitación del contrato del servicio de dirección pedagógica, docencia y organizaciones de las actividades de la escuela municipal de música. Sólo se se presentó la empresa recurrente, ESPROADE S.L.

Si acudimos al Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) son aspectos de interés los siguientes.

En lo referido al presupuesto (apartado 6) de la licitación ya recoge que *“en la determinación del precio/hora lectiva se incluyen los gastos de personal docente y no docente (administrativo y conserjería), los gastos corrientes así como los demás gastos derivados de la íntegra prestación del servicio de la Escuela Municipal de Música”*. Se añade que *“Los licitadores deberán presentar una proposición económica con sujeción al Anexo I del presente pliego, detallando su oferta, en función del precio unitario ofertado”*. El precio/hora servicio estaba fijado en 38,67€.

Cuando acudimos a los criterios de adjudicación en el PCAP, apartado 9, vemos que la máxima puntuación es para la proposición económica (35 puntos), con el siguiente tenor:

*“Se otorgará la máxima puntuación a la oferta más ventajosa, valorándose las demás proporcionalmente con esta, según la siguiente fórmula:*

*Puntuación= (oferta más económica sin IVA/oferta económica presentada sin IVA)x35”*

Y sobre las bajas, se recoge:

*“Se considerará que una oferta económica presenta valores anormales o desproporcionados cuando el porcentaje de baja sea superior al 10% sobre el precio/hora licitación.*

*En todo caso y toda vez que el porcentaje de baja se aplicará a los precios máximo/hora de licitación (IVA excluido), el importe total de la adjudicación coincidirá*

*con el presupuesto de licitación, revertiendo dicta baja en un mayor número de horas de prestación del servicio”*

A mayores, significar que la subrogación del personal operaba en esta licitación como criterio de adjudicación (20 puntos). Nuestro recurrente, licitador único como vimos, acudió a esta licitación sin ofrecer este aspecto.

La otra referencia a la subrogación (20.3 PCAP) es la genérica de que se someterá a la normativa laboral de aplicación y a los convenios colectivos vigentes del personal afectado, con un listado de personal a subrogar como anexo II.

Respecto del PCAP, hay que detenerse evidentemente en la cláusula 12.4, referida al sobre 3, de proposición económica, con esta literalidad:

*“12.4.- SOBRE Nº 3 SUBTITULADO: Proposición económica y oferta relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante cifras o porcentajes para la licitación, mediante procedimiento abierto, de la contratación del servicio de dirección pedagógica, docencia y organización de los diferentes programas educativos y de las actividades de la escuela municipal de música de Santiago de Compostela CON/7/2018.*

*El contenido de la oferta económica será redactado según el modelo anexo al presente pliego, sin errores o tachaduras que dificulten conocer claramente lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar las ofertas, y que, de producirse, provocarán que la proposición rechazada. En la proposición económica, que no deberá superar el presupuesto de licitación establecido en la cláusula 6 del presente pliego, deberá indicarse, como partida independiente, el IVA.*

*Asimismo, se incluirá en este sobre la oferta de mejoras (criterios A.2, A.3, A.4, A.5 y A.6), que se ajustará, en cualquiera caso y exclusivamente, a las definidas y propuestas en este pliego, y un estudio económico detallado que permita garantizar la viabilidad económica de la propuesta, no debiendo ser este un documento genérico, si no un preciso análisis de los costes del contrato donde se recojan especialmente los costes salariales individualizados, con la finalidad de confirmar el cumplimiento de los convenios colectivos de aplicación.*

*Será motivo de exclusión de la licitación, el hecho de que la documentación incluida en este sobre no esté suscrita en su totalidad por el licitador, o no vaya acompañada de una relación de los documentos que la integran firmada por el licitador, en la que declare, bajo su responsabilidad, ser ciertos los datos presentados. Esta deficiencia únicamente podrá ser subsanada con la presencia del apoderado de la empresa en el acto público de apertura de este sobre.”*

Por otra parte, en la cláusula 21 sobre “condiciones especiales de ejecución del contrato y deberes contractuales esenciales”, no vemos ninguna referencia al convenio colectivo.

Si pasamos a estudiar lo sucedido en este procedimiento, como decíamos, ESPROADE S.L fue la única que se presentó a esta licitación.

Si acudimos a su oferta económica podemos significar los siguientes aspectos. En primer lugar, que reproduce todos los apartados exigidos en aquel Anexo I requerido por la cláusula 6 y 12.4, que recoge la expresión de que acepta todas las condiciones del PCAP y PPT, y que no aporta la subrogación como parte de su oferta. Añade un estudio económico, dentro del cual recoge una cifra para gastos de personal, sin más estructuración al respecto.

Tal oferta fue objeto de informe de la técnica economista de la oficina de promoción económica municipal con fecha 14.05.2018, en el que se lee:

*“El Ayuntamiento de Santiago encargó una “Memoria Económica del procedimiento abierto multicriterio, sujeto a regulación armonizada, tramitación común y documentalmente simplificada para la contratación del Servicio de dirección pedagógica, docencia y organización de los diferentes programas educativos y de las actividades de la escuela municipal de música de Santiago de Compostela” en el que se realiza un detallado análisis de costes para la determinación de los gastos del servicio, y en particular se analizan los costes de personal partiendo de los datos aportados por la contrata en el momento de su elaboración. En este informe se calcula una base de licitación por importe de 425.848,83€ año, de los que 390.900,31€ corresponderían a costes de personal.*

*Analizado el contenido de la mencionada “Memoria Económica del procedimiento abierto multicriterio, sujeto a regulación armonizada, tramitación común y documentalmente simplificada para la contratación del Servicio de dirección pedagógica, docencia y organización de los diferentes programas educativos y de las actividades de la escuela municipal de música de Santiago de Compostela” y la información aportada por la empresa licitante ESPROADE S.L. en su estudio económico esta técnica INFORMA*

*La empresa Esproade S.L. incluye en su estudio económico costes de personal por importe de 398.195,26 € cifra superior a la calculada en la memoria económica encargada por el Ayuntamiento. La empresa licitante únicamente incluye como estudio económico una tabla simple en el que no existe detalle ninguno sobre los costes salariales individualizados como exige el pliego administrativo en su punto 12.4. No es posible realizar análisis ninguno sobre el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación al no aportarse ningún tipo de desglose pormenorizado de*

*todos los costes de la estructura de personal propuesta ni existe ningún tipo de anotación sobre ella en el estudio económico.*

*En relación a los gastos corrientes todas las partidas tienen costes superiores a los calculados en la memoria económica encargada por el Ayuntamiento.*

*Por lo que a criterio de esta técnica, sin entrar a valorar la viabilidad técnica, de operación y calidad, los datos económicos presentados por la empresa ESPROADE S.L. son en el ámbito general coherentes con la memoria económica encargada por el Ayuntamiento pero no cumplen lo exigido por el pliego en su punto 12.4 al no ser un estudio detallado que permita garantizar la viabilidad económica de la propuesta, puesto que se trata de una tabla simple sin justificación ninguna de las cifras en ella recogidas y sin un análisis de los costes salariales individualizados, con la finalidad de confirmar el cumplimiento de los convenios colectivos de aplicación.”*

Tal informe fue elevado a la mesa de contratación de 16.05.2018 donde ante la propuesta de exclusión por parte del presidente de la mesa, la viceinterventora municipal manifiesta que *“en absoluto considera que la falta de detalle del estudio económico deba calificarse como un incumplimiento insubsanable de los requerimientos del pliego, y que procedería darle un plazo al licitador para completar la documentación aportada”*. Se recoge que el director de la asesoría jurídica defiende la postura contraria, basada en que estamos ante la falta de una documentación técnica, no enmendable.

Uno de los vocales presentes propone que esos análisis se hagan por escrito y el presidente y otros vocales de la mesa se muestran conformes, por lo que se decide convocar una ulterior reunión de la mesa, tras esos informes.

El 16.05.2018 el director de la asesoría jurídica del Ayuntamiento firma su informe donde expresa que la cláusula 12.4 del pliego administrativo exige que el sobre nº 3 contenga un estudio económico detallado con un preciso análisis de los costes del servicio y proscribiera expresamente cualquier clase de documento genérico y que ESPROADE S.L. presenta una tabla simple. Afirma que el incumplimiento del pliego por la proposición de la empresa es manifiesto, y no enmendable por no poderse emendar la oferta técnica y económica, según las resoluciones de los Tribunales administrativos que cita.

La viceinterventora emite su informe el 18.05.2018, donde expresa que la cláusula 12.4 no establecía un modelo concreto para ese desglose del estudio económico, ni como causa de exclusión la falta de la concreción en los costes laborales individualizados. Considera que el fin de tal cláusula es garantizar la viabilidad económica de la propuesta y confirmar el cumplimiento de los convenios

colectivos de aplicación. Al respecto resalta que el licitador oferta un precio de 38,67 €/hora, tan sólo un 0,39% por debajo del precio unitario de licitación, que el informe de la técnica economista califica los datos económicos como de coherentes en el ámbito general con la memoria económica, siendo los dos apartados más relevantes, como son los costes de personal y gastos corriente superiores a los previstos en la memoria económica, y que en los costes de personal, el hecho de que prevean unos costes ligeramente superiores son indiciarios de cumplimiento del convenio colectivo en los términos que al mismo se refiere en la Memoria Económica del expediente de contratación.

Sus conclusiones son: la falta de detalle en la memoria económica presentada por el licitador no es en este caso, a juicio de esa Intervención, causa suficiente para su exclusión automática y que habida cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales o doctrinales, y subrayado el carácter restrictivo de la posibilidad de solicitar aclaraciones en la oferta económica, entiende que dichos límites no afectarían a este caso particular, por lo que defiende que se pida a la empresa aclaración de los detalles de la memoria económica omitidos a que hace referencia el informe de la técnica economista.

Reunida nuevamente la mesa de contratación el 21.05.2018, un vocal considera oportuno solicitar dictamen del Consejo Consultivo, ante lo que el presidente de la mesa responde que no se puede demorar más la decisión.

Seguidamente el director de la asesoría y la viceinterventora se ratifican en sus consideraciones. Luego, la técnica economista municipal aporta que el estudio económico presentado era una tabla sin explicaciones a lo que la viceinterventora responde que *“la oferta es copia casi literal de lo que exige el pliego, apenas sin mejoras, y que en el pliego no se requería el detalle, ya que el ayuntamiento tampoco lo tiene. Por todo ello entiende que la empresa no puede ser excluida”*. Tras otros intercambios de opiniones se llega a la votación sobre excluir la empresa y declarar desierta la licitación donde hay 3 votos a favor, 1 en contra (la viceinterventora) y una abstención, esta realizada a pesar de la advertencia del secretario de que no cabe esta postura.

En base a esto, la Xunta de Gobierno de la ciudad de Santiago de Compostela, en la sesión extraordinaria-urgente de 21.05.2018 adoptó el acuerdo de:

*“Excluir a la empresa ESPROADE S.L del proceso de contratación del servicio de dirección pedagógica, docencia y organización de los diferentes programas educativos y de las actividades de la escuela municipal de música de Santiago, y*

*declarar desierto este concurso al ser dicha empresa a única candidata; por causa de lo indicado en la citada acta de la 4ª reunión de la Mesa de contratación y en la documentación obrante de la que se dio cuenta”*

**Noveno.-** Como antes expresábamos la operatividad de los convenios colectivos en la licitación, y de las cláusulas sociales en general, es un debate complejo, con evolución y posturas no uniformes, sea en el contexto del TRLCSP.

En este sentido, la postura del Ayuntamiento tiene como base entender que procede dar el máximo efecto – la exclusión- a la exigencia recogida en una mención del apartado 4 de la cláusula 12 del PCAP, lo cual es una postura, en principio, no desdeñable en derecho ciertamente. Ahora bien, este TACGal, como ya avanzamos en nuestra Resolución 24/2018, considera que, en aras a los bienes jurídicos que se dan en la licitación, y en el equilibrio y proporcionalidad que se debe buscar en los mismos, la literalidad es un valor, sin duda, especialmente relevante pero siempre ligado a una interpretación conforme en relación, tanto al conjunto de las condiciones de la concreta licitación, para que sea una totalidad coherente entre sí, como en relación con aquellos bienes jurídicos y mandatos normativos que no se pueden desatender.

De hecho, en el seno de la propia mesa de contratación surgieron dudas sobre la postura a adoptar, actuando prudentemente tal Administración municipal al solicitar ahondar sobre las mismas, lo que se hizo con la emisión de informes sobre las diferentes posturas. Estos fueron emitidos, con explicaciones prolijas y fundadas, todo lo cual denota la complejidad referida, lo que, obviamente, debe afrontar este Tribunal, pero que justifica la necesidad de analizar el debate con toda la perspectiva que merece.

Entonces, sin perder de vista que aquí nos ocupa resolver el caso concreto, son oportunas algunas referencias previas para encontrar esa interpretación coherente en el supuesto que debemos enjuiciar.

Por comenzar en ese análisis, en nuestra Resolución TACGal 2/2018, ya hicimos algunas consideraciones sobre el incidente, de partida, de los convenios colectivos en la licitación– ahí referidas al precio y presupuesto del contrato-:

*“Existe una doctrina muy consolidada de los Tribunales de recursos contractuales en interpretación del artículo 87.1 TRLCSP. Traemos aquí algunas de esas consideraciones, concretamente vertidas por el TACRC, por ejemplo, en su 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 ya en la cuestión de las cláusulas sociales, el aspecto donde, en esa evolución de la cuestión, tuvo más recorrido fue en la posibilidad de incluirlas como condiciones de ejecución, por la redacción abierta del artículo 118 TRLCSP.

Por ejemplo, fue admitido por el Informe 16/2014 de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón o en la Recomendación 2/2017 de la Xunta Consultiva de Canarias, aquí con mención a cuando se contraten prestaciones en el que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de mano de obra y 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”*.

La Sentencia TJUE 15.11.2016, caso Regiopost, pareció abierta a esta posibilidad (aún sin perder de vista que de lo que trataba era del deber de respetar un salario mínimo fijado por una norma legal para poder participar en licitaciones públicas), sobre todo, porque había Sentencias previas con una línea mucho más

restrictiva como la de 03.04.2008, caso Ruffert, que entonces se podía entender que se superaba.

Hubo Tribunales de recursos contractuales que lo admitieron como condición de ejecución, como el de Canarias (Resolución 42/2018) o de Madrid (por todas, Resolución 196/2017). En cambio, llegó a una conclusión contraria la Resolución TACRC 160/2016, por ser contraria a la libre prestación de servicios.

La inclusión de cláusulas sociales como criterio de adjudicación también tuvo su problemática.

Así, existieron Tribunales de recursos contractuales que vincularon esa posibilidad a una efectiva o directa vinculación al objeto del contrato y a la proporcionalidad, en cuanto que no había provocado distorsiones o discriminaciones entre los licitadores (Resoluciones número 423/2016 , 222/2016 y 130/2015 TACRC, o Resoluciones 90/2016 y 160/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, TACP Canarias en adelante). Por otro lado, Juntas Consultivas como la de Canarias en la Recomendación 2/2017, antes citada, las admitió como condición de ejecución pero no como criterio de adjudicación. Por su parte, la S. TJUE de 10.05.2012, asunto c-368/10, abrió el debate del nivel de vinculación exigible a tales efectos.

En esa falta de uniformidad descrita, hubo Tribunales Administrativos con criterios más expansivos a estos efectos, si bien en este resumen debemos entonces citar también la Sentencia de 07.06.2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que lo rechazó 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.*

El legislador gallego, para con el sector público autonómico, fijó su criterio normativo en la ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

*“Artículo 25. Contratación pública ecológica y socialmente responsable 2. En particular, ponderarán la inclusión de criterios sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato, con sus correspondientes penalidades. En cualquiera caso, los criterios y las condiciones que se incluyan deberán guardar relación directa con el objeto del contrato.”*

De todas formas, el cierto es que, como vemos, las condiciones de licitación que nos ocupan no establecieron como condición de ejecución el cumplimiento salarial del convenio colectivo de aplicación ni tampoco obró, como tal, en los criterios de adjudicación, por lo que no es necesario avanzar en estos debates.

**Décimo.-** Una vez establecido que el cumplimiento salarial del convenio no fue configurado en esta licitación como cláusula de adjudicación ni como condición de ejecución, es lógico concluir que no puede indirectamente entonces operar esta exigencia como si alguno de esos caminos estuviera efectivamente implementado.

También debemos recordar que lo que se nos somete a este TACGal es si es conforme a derecho la decisión del Ayuntamiento de exclusión, no porque se considera que la oferta no cumple con el convenio, sino por la cuestión documental de no presentación de los costes laborales individualizados, con amparo en una frase de un párrafo de la cláusula 12.4.

Ante todo entonces, dado que tal cláusula trata sobre la oferta económica, es imprescindible analizar el debate que nos ocupa en ese contexto, el de la oferta económica como tal, algo a no perder de vista.

A mayores, no por conocido no debe ser traído que la exclusión es un resultado especialmente gravoso, por lo que la proporcionalidad no es un principio menor al respecto.

Por ejemplo, es criterio ampliamente acogido que para excluir una oferta sobre la consideración de que durante la ejecución del contrato el licitador puede no cumplir con lo requerido, sólo cabe hacerlo en el caso de la constatación en la oferta de datos que lleven a tal conclusión. Referida a la oferta técnica, la 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 mayores, existen otros principios que no se pueden desconocer para resolver este debate.

Uno de ellos es que, evidentemente, si una Administración saca una licitación es porque hay un interés público en que se realice la obra, suministro o servicio que se solicita al mercado, por lo que existe también tal interés general en que se culmine la contratación.

Unido a esto, otro valor, muy relevante, es el de la concurrencia, que impide que en las decisiones de exclusión prevalezca lo formal sobre lo material, la forma sobre el fondo, o dicho de otra forma, la forma sobre lo que se trata de garantizar con la formalidad. Por ejemplo:

- Resolución 60/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y 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”*

Otro principio a respetar es que el juego de la licitación pública pivota de forma relevante sobre que deben ser los licitadores los que tomen las decisiones respecto a configuración de su oferta económica, con los límites que el órgano de contratación determine respecto al umbral de las bajas anormales o desproporcionadas, lo cual nos acerca entonces al núcleo de la cuestión que nos ocupa, en lo referente a los bienes jurídicos a atender.

Por ejemplo observamos como, en el seno de nuestra Comunidad Autónoma – lo cual es traído a efectos ilustrativos pues fue acordado para el sector público autonómico-, la “Guía para una contratación pública responsable en el sector público autonómico”, aprobado por el Consello da Xunta de Galicia del 17.06.2015, interpretó como la cuestión del ajuste de las ofertas económicas a los deberes laborales y sociales tiene su campo de acción en lo referido a la cuestión de las bajas anormales o desproporcionadas, donde el poder adjudicador, a través de unos pliegos claros y precisos, podría fijar criterios para con esta finalidad:

*“De acuerdo con el artículo 56.1, in fine, de la directiva: “Los poderes adjudicadores podrán decidir no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando comprueben que la oferta no cumple los deberes aplicables recogidos en el artículo 18, número 2”. En relación con este*

*precepto, el artículo 69, relativo a las ofertas anormalmente bajas, determina que las explicaciones que debe proporcionar el operador económico para justificar su oferta anormalmente baja se pueden referir, entre otros aspectos al “cumplimiento de los deberes a que se refiere el artículo 18, número 2”, que incluyen sus deberes laborales y sociales. Y añade:*

*“Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple los deberes aplicables recogidos en el artículo 18, número 2”.*

*Asimismo, se pueden incluir como criterio de oferta anormalmente baja o desproporcionada aquellos criterios que permitan determinar que en la subcontratación de determinadas prestaciones objeto del contrato se cumplen los deberes sociales y laborales (art. 69.2.y en relación con el artículo 71.1 y 18.2 de la directiva).*

*Ejemplos: en un contrato que suponga el deber de subrogar personal se podría incluir un criterio de oferta anormal o desproporcionada como este:*

*“Se considerará en todo caso una oferta como desproporcionada o anormal cuando el precio ofertado sea inferior al importe correspondiente a los costes salariales mínimos para el personal subrogado, según el coste indicado en el anexo ...*

*En este caso, el licitador deberá justificar, como mínimo, que su oferta cumple los deberes sociales y laborales exigibles en la ejecución del contrato”.*

Tal Guía, como vemos, se basa en lo que entiende que es el camino que marca la Directiva 2014/24/UE, lo que damos por reproducido a nuestros efectos.

No es una línea aislada, ni mucho menos, porque esa es la configuración – referenciarlo a la cuestión de las bajas- que exigen diversas resoluciones de los Tribunales de recursos contractuales cuando se les somete al debate de comparar la oferta económica en sí con el cumplimiento de los deberes salariales o, en general, convencionales.

Por ejemplo, el Acuerdo 90/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al 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 además esa referencia hacia la cuestión de las bajas anormales o desproporcionadas permite todo un procedimiento contradictorio y de análisis que ampara una ulterior decisión motivada y reflexionada, ante ese efecto tan gravoso como puede ser la exclusión de un licitador.

Ahora bien, en el marco del TRLCSP (en el artículo 149.4 LCSP 2017 ya existe una referencia *ex lege*, lo cual ratifica como para el legislador vigente esto también tiene relación con las bajas con presunción de anormalidad), esto exigiría que los pliegos, al regular el umbral de temeridad, fije criterios claros al respecto, lo que no sucede en nuestro caso pues, como vimos, al regular esta cuestión, no hace ninguna referencia específica sobre lo que nos ocupa. Una vez más, si no estaba en ese apartado, difícilmente podemos luego buscar ese efecto en otro pasaje de los pliegos.

Así, tiene especial valor el resumen de la cuestión que hace la también reciente Resolución 27/2017 del 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.”*

Llegados a este punto, debemos entonces retomar el análisis del caso concreto, y de la oferta económica presentada.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que nos encontramos en un procedimiento con un único licitador, lo que determina que su exclusión suponga la declaración como desierta de la licitación.

Otro aspecto a tener en cuenta en este concreto supuesto es que la oferta técnica del licitador ya fue objeto de valoración, obteniendo la puntuación mínima necesaria para no ser excluida y poder continuar en el procedimiento. Es decir, el órgano de contratación entendió que la oferta de la adjudicataria cumple con las

exigencias técnicas de los pliegos y que puede, a este respecto, ser adjudicataria del contrato.

Centrados ya en la oferta económica del recurrente, que fue lo analizado para con su exclusión, también hay diversos aspectos a tener especialmente en cuenta, y que ya se ponen de relevancia en el informe de la viceinterventora municipal, obrante en el expediente:

- En primer lugar, y toda vez que el precio de la licitación está formulado en términos de precio/hora, el informe de la Intervención recoge que:

*“El licitador oferta un precio de 38,67 €/hora, tan sólo un 0,39% por debajo del precio unitario de la licitación”.*

- Eso determina, según dicho informe, que en el supuesto de prestación de las horas máximas anuales recogidas en la memoria económica municipal, *“la merma de ingresos que supondría la baja de la empresa sería de 1.645,58€ anuales”*, sobre un importe anual de 425.848.83€.

- Señala también dicho informe que la oferta de la empresa *“refleja tanto en los costes de personal como en los gastos corrientes, un importe superior a los reflejados en la memoria económica que forma parte del expediente”*. Concretamente, y por lo que se refiere a los gastos de personal, según la memoria económica municipal estos ascenderían a 390.900,31€, siendo los indicados en la oferta de la recurrente 398.195,26€. Por lo tanto, aquí hay aumento, no baja.

- En base a lo dicho, el propio informe de la Intervención municipal concluye que *“parece deducirse que no hay un alejamiento relevante de los propios datos que refleja la memoria económica del expediente, en la que se prevé un margen de 20.278.52€ de beneficio industrial”*.

También tiene especial relevancia el informe de la técnica economista de la oficina de promoción económica, por ser su conclusión la que acoge el acuerdo de exclusión y lo citado en el informe del órgano de contratación remitido para este recurso especial. Pues bien, lo que se lee en aquel informe es que el Ayuntamiento encargó una memoria económica *“en la que se realiza un detallado análisis de costes para la determinación de los gastos del servicio y, en particular, se analizan los gastos de personal”*

Y por lo que se refiere a la concreta oferta económica de la recurrente añade: *“La empresa ESPROADE S.L. incluye en su estudio económico costes de personal*

*por importe de 398.195,26€, cifra superior a la calculada en la memoria económica encargada por el Ayuntamiento de Santiago”. Y en su apartado final, como conclusión específica: “Los datos económicos presentados por la empresa ESPROADE S.L. son en el ámbito general coherentes con la memoria económica encargada por el Ayuntamiento”.*

Esto es, en lo referido a gastos de personal, lo que se le traslada a este TACGal es que la oferta está por encima de los propios cálculos municipales a efectos de que se cubran los costes de personal. Como decíamos, aquí no hay ni siquiera baja, sino elevación.

Recordemos que para tal informe de la técnica economista el problema no es la cuantía prevista como tal en la oferta económica para con los gastos de personal, sino que *“únicamente incluye como estudio económico una tabla simple en la que no existe detalle alguno sobre los costes salariales individualizados como exige el pliego administrativo...No es posible realizar análisis alguno sobre el cumplimiento de los convenios colectivos de aplicación”* y añade que lo presentado por la empresa no es *“un estudio económico detallado que permita garantizar la viabilidad económica de la propuesta”*. Remarcamos como este informe y, por lo tanto, el acuerdo de exclusión, estima que la concreta exigencia prevista en la cláusula 12.4 PCAP trata, en realidad, de la viabilidad económica de la oferta.

Hay que tener en cuenta en este sentido, y en lo que se refiere al ámbito formal de la oferta económica de la recurrente, que la misma se ajusta al modelo incluido en el Anexo I del PCAP, e incorpora un documento denominado estudio económico, si bien el Ayuntamiento lo que entiende es que no está suficientemente detallado. Hace falta destacar además que la oferta recoge expresamente el compromiso formal de *“cumplir el contrato con estricta sujeción”* a los pliegos de la licitación. Es decir, la oferta en sí misma no carece formalmente de ninguno de los documentos previstos en el PCAP.

De hecho, quedarse sólo en la literalidad más estricta de esa cláusula, con abstracción de todo lo demás, haría aparecer también dificultades para la tesis de la exclusión porque entonces, al mismo nivel habría que traer que tal apartado 12.4 no une literalmente la falta de concreción en los costes laborales a una exclusión, cuando sí lo hace, por ejemplo, para otros aspectos de la oferta económica. También existirían dificultades de entendimiento en la frase en la que se basa la exclusión decretada puesto que, unido a lo ya dicho de falta de referencias en otros pasajes de los pliegos, se habla, en ese apartado 12.4 de *“confirmar el cumplimiento de los convenios colectivos de aplicación”*, como vemos, en plural, lo cual coloca en serias dificultades

al licitador de comprender cual era ese parámetro de contraste que se le iría a utilizar. Y, además, esta interpretación literal determinaría la exclusión automática de un licitador que prácticamente oferte el precio de licitación por una cuestión documental, pero, en cambio, no supondría el mismo resultado para quien superara el umbral de temeridad, porque a este se le permitiría, al menos, la justificación de su oferta, todo lo cual denota que el camino interpretativo acogido lleva a resultados poco viables.

De hecho, recordemos que la propia cláusula 12.4 PCAP remite expresamente como finalidad del estudio económico la que *“permita garantizar la viabilidad económica de la propuesta”*. Por lo tanto, para este TACGal, la interpretación conforme de ese apartado 12.4 PCAP sólo puede pivotar sobre esa cuestión de la viabilidad económica de la oferta, y eso sin apartarnos de la propia literalidad de la misma pues es el parámetro que cita para todo ese párrafo.

Así debe ser, porque, como vimos en la Resolución 27/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, antes reproducida, es doctrina 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 otra la intención del órgano de contratación, respecto de las cláusulas sociales, ya vimos el marco existente en el apartado anterior, vías que, en todo caso, exigen un desarrollo claro y expreso en los pliegos de la licitación, que serían así conocidas por todos los licitadores. Pero la simple introducción de un requisito formal a cumplimentar en la oferta económica, como es el deber de detallar el estudio económico, no puede suponer, a criterio del órgano de contratación, la posibilidad de exclusión de un licitador, en aras a asegurar el cumplimiento posterior del convenio colectivo. Como expresamos, una vez el cumplimiento salarial del convenio no fue configurado en esta licitación ni como cláusula de adjudicación ni como condición de ejecución, no puede indirectamente entonces operar esta exigencia como si alguno de esos caminos estuviera implementado.

Esto queda acrecentado cuando, como vimos, incluso la falta del propio estudio económico no está expresamente previsto – aquí, además este se aportó, con mención a los costes laborales, si bien no individualizados-, como determinante de exclusión, como sí sucede con otros defectos recogidos en el siguiente párrafo de la misma cláusula, y también en la cláusula anterior en lo referente al sobre 2.

Igualmente, procede citar la reciente Resolución 161/2018 del TACP de Madrid, otra vez reconduciendo la cuestión a las bajas:

*“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 el citado 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 la cuestión, el centro del debate ya no es si esto se reconduce a pedir o no una aclaración, sino si de los datos ya obrantes se puede determinar que haya falta de viabilidad en la oferta económica, porque si la respuesta es que nada lleva a pensar que sea así, la consecuencia ha de ser la de la admisión de una oferta

que, repetimos, ni está en presunción de anormalidad. Por ejemplo, la Resolución 395/2018 TACRC destaca que si la oferta permite llegar a una conclusión, por encima de aspectos formales, el efecto es la admisión, no 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 entonces en el debate de la viabilidad económica de la proposición, esto nos reconduce necesariamente, como estamos viendo, al tratamiento de las bajas desproporcionadas en esta licitación, pues es la institución para analizar este aspecto. Así, el PCAP fija con claridad los términos para determinar la viabilidad económica de la propuesta y si la misma se puede considerar con presunción de anormalidad o desproporción. Concretamente, la cláusula 9.3 del PCAP señala que, a los efectos que nos ocupa, sólo se considera que una oferta económica presenta valores anormales o desproporcionados cuando el porcentaje de baja sea superior al 10% sobre el precio/hora de la licitación.

Así, comprobamos que el órgano de contratación, en el momento de fijar las condiciones de la licitación y entre las varias opciones que en ese momento se le presentaban, decide referir el umbral de temeridad a un concreto porcentaje sobre el precio/hora. Eso determina que cualquier licitador diligente en el momento de la presentación de su oferta conoce con claridad que si sobrepasa ese porcentaje del 10% su oferta se presumirá como desproporcionada, pero no, en coherencia, si su baja propuesta es inferior. Cabe resaltar que es un porcentaje fijo y que se remite únicamente al precio/hora establecido como tipo en la licitación.

Como ya señalamos en nuestra Resolución 25/2018:

*“Hay que tener en cuenta que un transparente 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.”*

Como sabemos entonces, la cuestión de la falta de viabilidad económica aparece únicamente si la oferta se encontrara en la situación de baja desproporcionada, según los criterios fijados por el PCAP, además, y tras el trámite de audiencia previsto en el artículo 152 del TRLCSP.

Hay que recordar una vez más que no nos encontramos ante la valoración de la oferta técnica, sino de la oferta económica que, como tal, deriva exclusivamente de la aplicación directa de la fórmula matemática recogida en los pliegos, unido a que este licitador se ajustó al Anexo I para su presentación, referido a los criterios cuantificables de forma automática. Por lo tanto, introducir en este momento de la valoración una variable distinta, no conocida, a estos efectos, por los potenciales licitadores en el momento de presentación de su proposición, y sobre la cual pivotaría la determinación de la oferta como económicamente viable, supone una actuación que vulnera el principio de igualdad.

La conclusión entonces es que, no es sólo que la oferta no está en baja con presunción de anormalidad, sino que del análisis del estudio económico de la empresa recurrente que hacen los propios informes municipales, aparecen datos suficientes para descartar que su oferta económica incumpla las exigencias económicas previstas en los pliegos, o, dicho en forma negativa, no permiten suscitar ninguna duda que permita cuestionarlo, o nada se trasladó a este TACGal a este respecto.

En primer lugar, porque su baja es del 0,39% respecto al tipo de licitación. Esto determina ya que la posible falta de concreción en su estudio económico sea poco relevante, porque si la empresa se ajusta casi exactamente al tipo de licitación fijado por el Ayuntamiento, no cabe admitir que la misma, en esas condiciones, se pueda entender como económicamente inviable, estando muy alejada del porcentaje fijado por el propio poder adjudicador para considerarla en presunción de anormalidad o desproporción.

Recordamos que la cláusula 6 PCAP explicaba que *“en la determinación del precio/hora lectiva se incluyen los gastos de personal docente y no docente (administrativo y conserjería), los gastos corrientes así como los demás gastos derivados de la íntegra prestación del servicio de la Escuela Municipal de Música”*. Por lo tanto, si ese precio/hora ya se calculó habida cuenta los gastos de personal, y lo que ofrece el licitador es prácticamente ese (sin, como queda patente, baja a considerar desproporcionada), no se nos traslada como se requería de más información para poder llegar a ser considerada como económicamente inviable, pues nada permite apuntar en esa dirección, sino todo el contrario.

Pero es que además de esto, la oferta precisamente cifró, en su estudio económico, cual era la cantidad exacta para gastos de personal. Es decir, aquí ya hay una concreción, y lo que resulta del expediente es que tal cifra supera lo que el Ayuntamiento entendió como necesario para el cumplimiento de los deberes salariales para la prestación del objeto contractual. Así, de los informes municipales lo que llega

a este Tribunal es que la oferta *“refleja tanto en los costes de personal como en los gastos corrientes, un importe superior a los reflejados en la memoria económica que forma parte del expediente”*. Concretamente, y por lo que se refiere a los gastos de personal, la oferta de la recurrente supera en 7.294,95€ los previstos por el Ayuntamiento. Como decíamos aquí ni hay baja.

Y en este momento hay que recordar que el propio informe de la técnica economista indicaba que aquella memoria municipal, que la oferta supera como vemos, realizó, precisamente, *“un detallado análisis de costes para la determinación de los gastos del servicio y, en particular, se analizan los gastos de personal”*.

A mayores recordamos que la subrogación era aquí puntuable como criterio de adjudicación, pero que el recurrente, licitador único a la postre, ya recogió expresamente en su oferta económica que no se acogía a tal mejora, en la respuesta que sobre tal cuestión se preguntaba en el Anexo I del PCAP, por lo que tampoco la información de costes individualizados para con esta proposición podía tener tal dirección.

En todo caso, con abstracción ahora a esa referencia como criterio de adjudicación – sobre lo que en este enjuiciamiento no procede pronunciarse por el principio de congruencia con el debate presentado-, sobre la subrogación y la licitación en la Resolución TACGal 2/2018 ya advertimos que: *“la subrogación, como es sabido, nace, en su caso, de deberes normativos o convencionales, no de los pliegos (por todas, resolución 46/2018 TACPCM o informes de la Junta Superior de Contratación de la C. Valenciana 5/2015 o de la Junta de Andalucía 1/2006)”*, a lo que cabe añadir la referencia, a mayores, de la STS 23.01.2017, casación 1874/2015.

Visto todo lo anterior entonces, traemos nuevamente aquí que no pueden ser entonces, al final, los aspectos meramente formales un fin en sí mismo, teniendo además en cuenta que hablamos de la exclusión del único licitador.

En definitiva, no cabe sino revocar el acuerdo de exclusión, de forma que se proceda en consecuencia y se continúe conforme corresponda en derecho.

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

1. **Estimar** el recurso interpuesto por ESPROADE S.L contra su exclusión de la contratación del servicio de dirección pedagógica, docencia y organización de los diferentes programas educativos y las actividades de la escuela municipal de música

de Santiago de Compostela, expediente CON/7/2018, anulando esta exclusión, en virtud de lo descrito en esta Resolución.

2. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, 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.