

Recurso nº 52/2018**Resolución nº 48/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 20 de xullo de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por M. L. I. actuando en nome e representación de A BILLARDA S.L. contra a exclusión da súa oferta dos lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 do contrato do servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2018 nas instalacións do albergue xuvenil de Gandarío, campamento xuvenil Virxe de Loreto, campamento xuvenil Furelos, albergue xuvenil Area, albergue xuvenil Benigno Quiroga, campamento xuvenil A Devesa, campamento xuvenil Os Chacotes, campamento xuvenil Entrimo, albergue xuvenil As Sinas e campamento Illa de Ons, expediente 68/2018, tramitado pola Consellería de Política Social, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola Consellería de Política Social convocouse a licitación do contrato do servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2018 nas instalacións sinaladas, cun valor estimado declarado de 863.172,43 euros.

Tal licitación foi tramitada por procedemento negociado, cursándose invitación a participar á empresa recorrente o día 01.06.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP).

Terceiro.- En data 12.06.2018 o órgano de contratación acorda a exclusión da recorrente do procedemento de licitación por entender como non xustificada a súa baixa anormal ou desproporcionada.

Cuarto.- O 27.06.2018 a entidade A BILLARDA S.L interpuxo recurso especial en materia de contratación contra a resolución da súa exclusión, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- O 28.06.2018 reclamouse á Consellería de Política Social o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 04.07.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data o 06.07.2018, sen que se recibiran alegacións.

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.4 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 tratarse da impugnación dunha resolución de exclusión, o recorrente ostenta lexitimación para a interposición do recurso.

Cuarto.- A resolución foi notificada o día 12.06.2018, polo que o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Atopámonos ante un contrato de servizos cun valor estimado de 863.172,43 euros, polo que segundo o art. 44.1.a) LCSP o recurso é admisible. Impúgnase a exclusión do recorrente á licitación, acordo expresamente previsto no art. 44.2 b) da LCSP como un dos actos de trámite susceptibles de impugnación.

Sexto.- O recorrente rexeita os motivos polos que se acordou a súa exclusión, tanto polo que respecta á indebida categoría de determinados traballadores, como pola substitución dalgún deles e a incorrecta estimación dos salarios, nunha argumentación á que se fará referencia ao longo desta resolución.

Sétimo.- O órgano de contratación no seu informe rebate os argumentos do recurso, confirmando o recollido no informe no que se fundamentou o acordo de exclusión.

Oitavo.- En canto ao fondo do asunto, non estando en cuestión a consideración polo órgano de contratación da oferta de A BILLARDA como anormal ou desproporcionada á vista do disposto no PCAP, o recurso fundaméntase en que a recorrente considera como incorrectos os motivos alegados para acordar a súa exclusión.

A folla de especificacións do PCAP sinala na súa cláusula M.3 referida ás baixas anormais ou desproporcionadas:

“Para a determinación das ofertas incursas en presunción de anormalidade utilizarase o seguinte criterio:

1.Cando o importe consignado na oferta económica correspondente a gastos de persoal do equipo mínimo exixido no apartado 2 do PPT sexa inferior en máis dun 6% á cantidade establecida en concepto de gastos de persoal na cláusula G desta folla de especificacións”.

Como xa sinalamos en varias Resolucións, (por todas, a Resolución TACGal 13/2018) a exclusión dunha oferta considerada desproporcionada non pode ser automática, senón que se debe valorar polo órgano de contratación se a mesma pode ser ou non cumprida e, para isto, recóllese legalmente a audiencia ao licitador antes da adopción da decisión de exclusión. Trátase dun trámite previsto na lexislación aos efectos de conceder ao licitador o dereito a probar a viabilidade da súa proposta, podendo aportar os datos que lle permitiron realizar a súa oferta concreta.

O artigo 149 da LCSP establece concretamente o seguinte:

“4. Cando a mesa de contratación ou, na súa falta, o órgano de contratación identifique unha ou varias ofertas incursas en presunción de anormalidade, deberá requirir o licitador ou licitadores que as presentasen e darlles prazo suficiente para que xustifiquen e desagreguen, razoada e detalladamente, o baixo nivel dos prezos, ou dos custos, ou calquera outro parámetro con base no cal se definiu a anormalidade da oferta, mediante a presentación daquela información e documentos que resulten pertinentes para estes efectos. A petición de información que a mesa de contratación ou, na súa falta, o órgano de contratación dirixa ao licitador deberase formular con claridade, de maneira que estes estean en condicións de xustificar, plena e oportunamente, a viabilidade da oferta.

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

Consta neste caso acreditado e non se cuestiona pola recorrente que se seguiu o procedemento contraditorio establecido polo artigo 149 da LCSP.

A exclusión da oferta da recorrente fundaméntase en que *“aplica categorías profesionais indebidas, presenta anomalías no cálculo dos descansos, non substitúe aos coordinadores e subtrae un día de salario aos traballadores”*

Respecto ao primeiro motivo alegado, a aplicación de categorías indebidas ao persoal sanitario, o recorrente alega en primeiro lugar que o texto da resolución non fai referencia a este motivo, o que supón un vicio de nulidade de pleno dereito.

Este argumento debe ser rexeitado. Ante todo, porque como recolle a cita da resolución de exclusión á que nos referimos anteriormente, si hai unha mención

expresa a este motivo de exclusión na resolución e, en segundo lugar e máis importante, porque a propia notificación incorporou o informe técnico que fundamentou o acordo e no que se recollen pormenorizadamente os motivos da exclusión.

Así, xa na nosa Resolución 13/2018 entendíamos válida esta forma de motivación in aliunde, xa que non supón un prexuízo ao recorrente, que coñece dende o primeiro momento os exactos motivos da súa exclusión:

“...é admitido por Tribunais de recursos contractuais, como o TARCJA, na Resolución citada, a TACRC na Resolución 187/2018 ou o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón no Acordo 99/2017– todas moi recentes, como vemos-, por citar algunha, a posibilidade dunha motivación “in aliunde”, por remisión a un informe técnico que se cita e foi remitido ao recorrente (aquí por correo electrónico o 20.4.2018), polo que non hai, en definitiva, indefensión causante de invalidez.”

Neste caso concreto, o recorrente fundamenta ademais a súa impugnación de xeito pormenorizado, polo que non cabe alegar posible causa de indefensión.

A continuación, o recorrente alega que respecto ao persoal sanitario a categoría recollida na súa oferta, grupo III técnico especialista, se axusta ao convenio colectivo, non sendo preciso a contratación de persoal con título de grao (grupo II), tal e como defende o órgano de contratación.

A este respecto, o PPT esixe respecto a todos os lotes o seguinte equipo mínimo:

“
...

-Unha persoa titulada en medicina ou graduada en enfermería ou equivalente, en cada unha das quendas.”

A mera lectura literal do PPT xa determina que se deba rexeitar a alegación do recorrente, pois explicita claramente a esixencia dun título de grao ou equivalente para este persoal.

Pero ademais, o órgano de contratación no seu informe a este recurso fai referencia ao previsto no artigo 57 do Decreto 50/2000 polo que se refunde e actualiza

a normativa vixente en materia de xuventude. O dito artigo recolle, polo que aquí respecta, as funcións do responsable sanitario neste tipo de actividades obxecto da licitación e que inclúen, entre outras, velar polo perfecto estado dos alimentos e augas de consumo ou a vixilancia epidemiolóxica dos acampados.

Estas funcións axústanse máis ás que o convenio sectorial entende como propias dun titulado de grao, e que define como tarefas complexas e de impacto, que ás dun técnico especialista, que limita ás específicas da súa titulación “*co apoio e dirección dun profesional de nivel superior*”. A estes efectos, non comparte este Tribunal a tese da recorrente de que ese “profesional superior” sexa o director do campamento, a quen non se pode outorgar a condición de profesional do ámbito sanitario, como esixe o convenio.

Noveno.- O seguinte motivo da exclusión indica que a oferta non prevé a substitución dos coordinadores durante os seus descansos. O recorrente alega que neses supostos, a oferta contempla que as súas funcións sexan asumidas de xeito temporal pola dirección do campamento, xa que, doutro xeito, se poderían provocar disfuncións e descoordinación na actividade diaria.

Tal e como advirte o órgano de contratación no seu informe, e do mesmo xeito que acontecía no motivo anterior, o contido do PPT ao respecto é claro ao precisar que “*habrá un/unha coordinar/a da instalación...que deberá permanecer na instalación durante a vixencia do contrato*”. E no apartado 12.1 do PCAP sinalase que “*a empresa contratista garantirá a cobertura, en todo momento, dos postos de traballo e das súas correspondentes funcións ofertadas para a contratación*”.

Esta literalidade do prego non se ve contrarrestada no texto do recurso, que simplemente expresa que a intención da empresa era evitar descoordinación na execución do contrato, pero sen outorgarlle a esa postura un fundamento nas bases que rexen a licitación.

Porén, os pregos son claros e precisos ao esixir a presenza continua dun coordinador e ao obrigar ao contratista á cobertura “*en todo momento*” dos postos de traballo, e non unicamente das funcións a realizar, sen que prevexa a posibilidade de asumir as ditas funcións por outro persoal.

Procede reiterar que os pregos son a lei do contrato e obrigan por igual aos licitadores e ao órgano de contratación. Como sinalamos na nosa Resolución 17/2018:



“Como non é necesario desenvolver, por ser coñecido, os pregos, unha vez firmes, son lex contractus da licitación. Tal consideración é uniforme na xurisprudencia, como pode ser a Sentenza da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Sétima): Esta Sala Tercera ha recordado, en sentenza de 6 de febreiro de 2001, la consolidada doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus «propios actos», cuando no resulte beneficiado...”

Polo tanto, procede igualmente desestimar este motivo de recurso.

Décimo.- Todo o expresado permite xa entender como correcta a resolución de exclusión da entidade A BILLARDA do procedemento de licitación, por non axustarse a súa oferta ao esixido polos pregos da licitación.

Agora ben, para finalizar os termos do debate e existindo un último motivo recollido no acordo de exclusión e impugnado neste recurso, faremos unha breve referencia ao mesmo.

A resolución pola que se exclúe á recorrente sinala como causa a este respecto que a empresa “*subtrae un día de salario aos traballadores*” e, no informe técnico xustificativo que acompaña á notificación de exclusión indícase expresamente:

“Ergo, salvo mejor desarrollo, parece que no abona a todos los trabajadores un día de trabajo”.

Pola súa banda, o texto do recurso tras alegar que este motivo está defectuosamente explicado, basea as discrepancias no cálculo do salario no diferente importe a aboar como plus de dispoñibilidade dos traballadores, algo que tamén rebate o informe do órgano de contratación, pero que non aparece explicitado como motivo da exclusión.

Ademais, na argumentación do informe non se acredita se esa suposta diferenza nos días de salario se produce nun único traballador ou en varios, a pesar de referirse literalmente a “*todos os traballadores*” e tampouco ten a claridade e rotundidade necesaria (“*parece que no abona*”) para determinar de xeito exclusivo un motivo de exclusión, o que determina que a notificación efectuada ao licitador excluído carecese da claridade necesaria para permitir a súa correcta defensa.

En todo caso, e como xa anticipamos con anterioridade, este TACGal entende correcta a actuación do órgano de contratación de excluír á entidade A BILLARDA do procedemento de licitación, de acordo co explicado nos fundamentos noveno e décimo desta resolución, polo que procede a desestimación do recurso presentado.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por A BILLARDA S.L. contra a exclusión da súa oferta dos lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 do contrato do servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2018 nas instalacións do albergue xuvenil de Gandarío, campamento xuvenil Virxe de Loreto, campamento xuvenil Furelos, albergue xuvenil Area, albergue xuvenil Benigno Quiroga, campamento xuvenil A Devesa, campamento xuvenil Os Chacotes, campamento xuvenil Entrimo, albergue xuvenil As Sinas e campamento Illa de Ons, expediente 68/2018, tramitado pola Consellería de Política Social.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo 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.