

**Recurso nº 52/2018****Resolución nº 48/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por M. L. I. actuando en nombre y representación de A BILLARDA S.L. contra la exclusión de su oferta de los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del contrato del servicio de ejecución de la programación de las actividades de educación no formal de la campaña de verano 2018 en las instalaciones del albergue juvenil de Gandarío, campamento juvenil Virxe de Loreto, campamento juvenil Furelos, albergue juvenil Area, albergue juvenil Benigno Quiroga, campamento juvenil A Devesa, campamento juvenil Os Chacotes, campamento juvenil Entrimo, albergue xuvenil As Sinas y campamento Illa de Ons, expediente 68/2018, tramitado por la Consellería de Política Social, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por la Consellería de Política Social se convocó la licitación del contrato del servicio de ejecución de la programación de las actividades de educación no formal de la campaña de verano 2018 en las instalaciones señaladas, con un valor estimado declarado de 863.172,43 euros.

Tal licitación fue tramitada por procedimiento negociado, cursándose invitación a participar a la empresa recurrente el día 01.06.2018.

**Segundo.-** El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

**Tercero.-** En fecha 12.06.2018 el órgano de contratación acuerda la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación por entender como no justificada su baja anormal o desproporcionada.

**Cuarto.-** El 27.06.2018 la entidad A BILLARDA S.L interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución de su exclusión, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

**Quinto.-** El 28.06.2018 se reclamó a la Consellería de Política Social el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 04.07.2018.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados con fecha el 06.07.2018, sin que se recibieran alegaciones.

## 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.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme 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 tratarse de la impugnación de una resolución de exclusión, el recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso.

**Cuarto.-** La resolución fue notificada el día 12.06.2018, por lo que el recurso fue interpuesto en plazo.

**Quinto.-** Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado de 863.172,43 euros, por lo que según el art. 44.1.a) LCSP el recurso es admisible. Se impugna la exclusión del recurrente a la licitación, acuerdo expresamente previsto en el art. 44.2 b) de la LCSP como uno de los actos de trámite susceptibles de impugnación.

**Sexto.-** El recurrente rechaza los motivos por los que se acordó su exclusión, tanto por lo que respeta a la indebida categoría de determinados trabajadores, como por el relevo de alguno de ellos y la incorrecta estimación de los salarios, en una argumentación a la que se hará referencia a lo largo de esta resolución.

**Séptimo.-** El órgano de contratación en su informe rebate los argumentos del recurso, confirmando el recogido en el informe en el que se fundamentó el acuerdo de exclusión.

**Octavo.-** En cuanto al fondo del asunto, no estando en cuestión la consideración por el órgano de contratación de la oferta de A BILLARDA como anormal o desproporcionada a la vista de lo dispuesto en el PCAP, el recurso se fundamenta en que la recurrente considera como incorrectos los motivos alegados para acordar su exclusión.

La hoja de especificaciones del PCAP señala en su cláusula M.3 referida a las bajas anormales o desproporcionadas:

*“Para la determinación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad se utilizará el siguiente criterio:*

*1.Cuando el importe consignado en la oferta económica correspondiente a gastos de personal del equipo mínimo exigido en el apartado 2 del PPT sea inferior en más de un 6% a la cantidad establecida en concepto de gastos de personal en la cláusula G de esta hoja de especificaciones”.*

Como ya señalamos en varias Resoluciones, (por todas, la Resolución TACGal 13/2018) la exclusión de una oferta considerada desproporcionada no puede ser automática, sino que se debe valorar por el órgano de contratación si la misma puede ser o no cumplida y, para esto, se recoge legalmente la audiencia al licitador antes de la adopción de la decisión de exclusión. Se trata de un trámite previsto en la legislación a los efectos de conceder al licitador el derecho a probar la viabilidad de su propuesta, pudiendo aportar los datos que le permitieron realizar su oferta concreta.

El artículo 149 de la LCSP establece concretamente lo siguiente:

*“4. Cuando la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación identifique una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir el licitador o licitadores que las presentaran y darles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen, razonada y detalladamente, el bajo nivel de los precios, o de los costes, o cualquier otro parámetro con base en el cual se definió la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes para estos efectos. La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador se deberá formular con claridad, de manera que estos estén en condiciones de justificar, plena y oportunamente, la viabilidad de la oferta.*

*En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia ambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluido el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”.*

Consta en este caso acreditado y no se cuestiona por la recurrente que se siguió el procedimiento contradictorio establecido por el artículo 149 de la LCSP.

La exclusión de la oferta de la recurrente se fundamenta en que *“aplica categorías profesionales indebidas, presenta anomalías en el cálculo de los descansos, no sustituye a los coordinadores y subtrae un día de salario a los trabajadores”*

respecto al primer motivo alegado, la aplicación de categorías indebidas al personal sanitario, el recurrente alega en primer lugar que el texto de la resolución no hace referencia a este motivo, lo que supone un vicio de nulidad de pleno derecho.

Este argumento debe ser rechazado. Ante todo, porque como recoge la cita de la resolución de exclusión a la que nos referimos anteriormente, sí hay una mención expresa a este motivo de exclusión en la resolución y, en segundo lugar y más importante, porque la propia notificación incorporó el informe técnico que fundamentó el acuerdo y en el que se recogen pormenorizadamente los motivos de la exclusión.

Así, ya en nuestra Resolución 13/2018 entendíamos válida esta forma de motivación in aliunde, ya que no supone un perjuicio al recurrente, que conoce desde el primero momento los exactos motivos de su exclusión:

*“...es admitido por Tribunales de recursos contractuales, como el TARCJA, en la Resolución citada, la TACRC en la Resolución 187/2018 o el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 99/2017– todas muy recientes, como vemos-, por citar alguna, la posibilidad de una motivación “in*

*aliunde”, por remisión a un informe técnico que se cita y fue remitido al recurrente (aquí por correo electrónico el 20.4.2018), por lo que no hay, en definitiva, indefensión causante de invalidez.”*

En este caso concreto, el recurrente fundamenta además su impugnación de manera pormenorizada, por lo que no cabe alegar posible causa de indefensión.

A continuación, el recurrente alega que respecto al personal sanitario la categoría recogida en su oferta, grupo III técnico especialista, se ajusta al convenio colectivo, no siendo precisa la contratación de personal con título de grado (grupo II), tal y como defiende el órgano de contratación.

A este respecto, el PPT exige respecto a todos los lotes el siguiente equipo mínimo:

“ ...

*-Una persona titulada en medicina o graduada en enfermería o equivalente, en cada una de los turnos.”*

La mera lectura literal del PPT ya determina que se deba rechazar la alegación del recurrente, pues explicita claramente la exigencia de un título de grado o equivalente para este personal.

Pero además, el órgano de contratación en su informe a este recurso hace referencia a lo previsto en el artículo 57 del Decreto 50/2000 por el que se refunde y actualiza la normativa vigente en materia de juventud. Dicho artículo recoge, por lo que aquí respeta, las funciones del responsable sanitario en este tipo de actividades objeto de la licitación y que incluyen, entre otras, velar por el perfecto estado de los alimentos y aguas de consumo o la vigilancia epidemiológica de los acampados.

Estas funciones se ajustan más a las que el convenio sectorial entiende como propias de un titulado de grado, y que define como tareas complejas y de impacto, que a las de un técnico especialista, que limita a las específicas de su titulación “*con el apoyo y dirección de un profesional de nivel superior*”. A estos efectos, no comparte este Tribunal la tesis de la recurrente de que ese “profesional superior” sea el director del campamento, a quien no se puede otorgar la condición de profesional del ámbito sanitario, como exige el convenio.

**Noveno.-** El siguiente motivo de la exclusión indica que la oferta no prevé el relevo de los coordinadores durante sus descansos. El recurrente alega que en esos supuestos, la oferta contempla que sus funciones sean asumidas de manera temporal

por la dirección del campamento, ya que, de otro modo, se podrían provocar disfunciones y descoordinación en la actividad diaria.

Tal y como advierte el órgano de contratación en su informe, y al igual que acontecía en el motivo anterior, el contenido del PPT al respecto es claro al precisar que *“habrá un/una coordinar/la de la instalación...que deberá permanecer en la instalación durante la vigencia del contrato”*. Y en el apartado 12.1 del PCAP se señala que *“la empresa contratista garantizará la cobertura, en todo momento, de los puestos de trabajo y de sus correspondientes funciones ofertadas para la contratación”*.

Esta literalidad del pliego no se ve contrarrestada en el texto del recurso, que simplemente expresa que la intención de la empresa era evitar descoordinación en la ejecución del contrato, pero sin otorgarle a esa postura un fundamento en las bases que rigen la licitación.

Sin embargo, los pliegos son claros y precisos al exigir la presencia continua de un coordinador y al obligar al contratista a la cobertura *“en todo momento”* de los puestos de trabajo, y no únicamente de las funciones a realizar, sin que prevea la posibilidad de asumir dichas funciones por otro personal.

Procede reiterar que los pliegos son la ley del contrato y obligan por igual a los licitadores y al órgano de contratación. Como señalamos en nuestra Resolución 17/2018:

*“Como no es necesario desarrollar, por ser conocido, los pliegos, una vez firmes, son lex contractus de la licitación. Tal consideración es uniforme en la jurisprudencia, como puede ser la Sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima): Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero 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...”*

Por lo tanto, procede igualmente desestimar este motivo de recurso.

**Décimo.-** Todo lo expresado permite ya entender como correcta la resolución de exclusión de la entidad A BILLARDA del procedimiento de licitación, por no ajustarse su oferta a lo exigido por los pliegos de la licitación.

Ahora bien, para finalizar los términos del debate y existiendo un último motivo recogido en el acuerdo de exclusión e impugnado en este recurso, haremos una breve referencia al mismo.

La resolución por la que se excluye a la recurrente señala como causa a este respecto que la empresa “*subtrae un día de salario a los trabajadores*” y, en el informe técnico justificativo que acompaña a la notificación de exclusión se indica expresamente:

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

Por su parte, el texto del recurso tras alegar que este motivo está defectuosamente explicado, basa las discrepancias en el cálculo del salario en el diferente importe a abonar como plus de disponibilidad de los trabajadores, algo que también rebate el informe del órgano de contratación, pero que no aparece explicitado como motivo de la exclusión.

Además, en la argumentación del informe no se acredita si esa supuesta diferencia en los días de salario se produce en un único trabajador o en varios, a pesar de referirse literalmente a “*todos los trabajadores*” y tampoco tiene la claridad y rotundidad necesaria (“*parece que no abona*”) para determinar de manera exclusiva un motivo de exclusión, lo que determina que la notificación efectuada al licitador excluido careciera de la claridad necesaria para permitir su correcta defensa.

En todo caso, y como ya anticipamos con anterioridad, este TACGal entiende correcta la actuación del órgano de contratación de excluir a la entidad A BILLARDA del procedimiento de licitación, de acuerdo con lo explicado en los fundamentos noveno y décimo de esta resolución, por lo que procede la desestimación del recurso presentado.

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

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por A BILLARDA S.L. contra la exclusión de su oferta de los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del contrato del servicio de ejecución de la programación de las actividades de educación no formal de la campaña de verano 2018 en las instalaciones del albergue juvenil de Gandarío, campamento juvenil Virxe de Loreto, campamento juvenil Furelos, albergue juvenil Area, albergue juvenil Benigno Quiroga, campamento juvenil A Devesa, campamento juvenil Os Chacotes, campamento juvenil Entrimo, albergue xuvenil As Sinas y campamento Illa de Ons, expediente 68/2018, tramitado por la Consellería de Política Social.

2. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

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.