

Recurso nº 43/2019**Resolución nº 52/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 11 de marzo de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. F.J.A.C. actuando en nome e representación de AVERICUM S.L contra a decisión de exclusión da súa oferta no procedemento de contratación dos servizos de hemodiálise extrahospitalaria na EOXI de Santiago de Compostela, expediente AB-SER4-18-003 do Servizo Galego de Saúde, 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.- Polo Servizo Galego de Saúde convocouse a licitación do contrato dos servizos de hemodiálise extrahospitalaria na EOXI de Santiago de Compostela, cun valor estimado declarado de 11.835.900,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia do 21.08.2018.

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

Terceiro.- O recorrente impugna a exclusión da súa oferta, tras non ser aceptada a xustificación da súa oferta cualificada como desproporcionada.

Cuarto.- O día 12.02.2019 AVERICUM S.L interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces cara isto na web deste Tribunal.

Quinto.- Con data 14.02.2019 reclamouse ao Servizo Galego de Saúde 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 adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 26.02.2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 27.02.2019, recibíndose as alegacións da empresa SANATORIO SOUTO BOO S.L.

Sétimo.- Este Tribunal en sesión do día 19.02.2019 acordou suspender o procedemento de licitación.

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.- O presente recurso tramitouse conforme aos 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.- O recorrente foi excluído do procedemento de licitación pola decisión impugnada neste recurso, polo que a súa lexitimación é incuestionable.

Cuarto.- Notificándose a resolución de exclusión o día 22.01.2019, o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Impúgnase un acordo de exclusión ditada nun procedemento de licitación dun contrato de servizos cun valor estimado superior a 100.000 euros, polo que o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- O recorrente alega por un lado que, segundo a redacción do PCAP, a súa oferta non resultaría como anormal ou desproporcionada. E, por outra parte, entende que a súa proposta debeu ser considerada como viable, que a exclusión se fundamentou unicamente en hipóteses, e que o órgano de contratación debeu requirir, no seu caso, aclaración a ese respecto con anterioridade a decidir a exclusión.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao contido do recurso, indicando que a oferta do recorrente se atopaba efectivamente na situación de baixa desproporcionada segundo o PCAP, e que a xustificación da súa oferta non foi suficiente.

Oitavo.- A empresa alegante defende a actuación do órgano de contratación, sinala que a oferta da recorrente era desproporcionada e non viable, polo que procedía a súa exclusión.

Noveno.- O primeiro argumento de impugnación do recorrente fundaméntase na interpretación do PCAP e da súa regulación ao respecto das baixas desproporcionadas, ao entender que a súa oferta non se atopa nesa situación.

A cláusula 6.4 do PCAP establece o seguinte:

“Criterio de oferta desproporcionada ou anormal

Considerarase desproporcionada ou anormal toda proposición económica cuxa baixa no prezo, exceda dun 20% á media aritmética das porcentaxes de baixada de todas as proposicións presentadas e admitidas á licitación.”

As porcentaxes de baixa das ofertas dos únicos dous licitadores foron de 0,08% e de 23,19% -a da recorrente-, polo que a media aritmética de ambas é dun 11,63%. O órgano de contratación, para calcular o limiar de temeridade segundo o PCAP, calculou o 20% desa media e engadiuno á mesma, entendendo como desproporcionadas as ofertas que excedesen ese límite.

No escrito do recurso, polo contrario, deféndese que a utilización polo prego da expresión “*exceda de*” determina que a esa media de 11,63% se lle deba incrementar

un 20%, considerado como tal, polo que o limiar de temeridade quedaría fixado nun 31,63%, que non se superaría.

Xa anticipamos que non procede acoller o criterio do recorrente. Na nosa Resolución 34/2018 indicabamos que non se pode pretender *“un estrangulamento do significado dunha cláusula que permita achegala a una conclusión favorable ao recorrente, cando esa conclusión se afasta dunha lectura lóxica do seu contido”*.

Nese sentido, a única interpretación lóxica da cláusula cuestionada é a aplicada polo órgano de contratación. A cifra indicada no PCAP, un 20%, non está formulada en termos absolutos, senón en porcentaxe e, como tal, debe necesariamente vir referida a algo, neste caso claramente á media aritmética das baixas á que se refire a cláusula do prego. A argumentación defendida polo recorrente no sentido de sumar a cantidade de 20 á porcentaxe resultante da media das baixas, non só se afasta polo tanto da lóxica da cláusula cuestionada, senón da súa propia literalidade que non recolle esa cifra de 20 como cantidade absoluta, senón como porcentaxe (“20%”) a calcular, algo que non realiza o recorrente na súa alegación, polo que procede a desestimación deste motivo do recurso.

Proba do expresado é que consta na solicitude de aclaración formulada polo licitador aquí recorrente ao órgano de contratación en data 11.09.2018, e na que ao respecto dunha pregunta sobre o *“número de decimales a considerar y del criterio de redondeo para la determinación de la baja desproporcionada”*, recolle un exemplo práctico do cálculo da baixa desproporcionada acorde co criterio aplicado polo órgano de contratación e, polo tanto, contrario ao defendido neste recurso.

Décimo.- Como segundo motivo da súa impugnación o recorrente oponse á súa exclusión do procedemento de licitación pois entende que xustificou suficientemente a viabilidade da súa oferta e aprecia falta de fundamento na motivación da decisión da mesa de contratación.

Debemos comezar sinalando que este TACGal xa se pronunciou en anteriores Resolucións ao respecto da consolidada doutrina existente sobre as baixas anormais ou desproporcionadas.

Con cita na nosa Resolución 105/2018, podemos sinalar que a apreciación de que a oferta ten valores anormais ou desproporcionados non é un fin en si mesmo, senón un indicio para establecer que a proposición non pode ser cumprida como

consecuencia diso, tras un procedemento contraditorio ao respecto. A decisión sobre se a oferta pode cumprirse ou non corresponde ao órgano de contratación, que debe sopesar as alegacións formuladas pola empresa licitadora e os informes emitidos polos servizos técnicos. Non se trata de que o licitador xustifique exhaustivamente a oferta desproporcionada, senón de prover de argumentos que permitan ao órgano de contratación chegar á convicción de que se pode levar a cabo.

Tampouco resulta necesario que por parte do licitador se proceda á desagregación da oferta económica, nin a unha acreditación exhaustiva dos distintos compoñentes dela, senón que abonda con que ofrezca ao órgano de contratación argumentos que permitan explicar a viabilidade e seriedade da oferta, ao que engadir que os argumentos ou xustificacións achegados polo licitador deben ser máis profundos canto maior sexa a desproporción da oferta. Finalmente debe atribuírse ao poder adxudicador un amplo marxe na apreciación da temeridade, con límites como o erro, a arbitrariedade, etc... Tamén na nosa Resolución TACGal 45/2018 indicábamnos respecto á exclusión dun licitador que este era un resultado especialmente gravoso, polo que a proporcionalidade non é un principio menor ao respecto.

O artigo 149 da LCSP establece ao respecto das baixas anormais un procedemento contraditorio para evitar que as ofertas desproporcionadas sexan rexeitadas sen comprobar previamente a súa viabilidade, permitindo ao licitador explicar os elementos que tivo en conta para configurar a súa oferta. Estes trámites teñen por obxecto evitar a arbitrariedade do poder adxudicador e garantir a axeitada competencia entre as empresas (Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

O órgano de contratación remitiu ao recorrente requirimento aos efectos de que xustificase a súa oferta con valores anormais ou desproporcionados o día 5.12.2018, co seguinte tenor literal:

“En relación al expediente que se referencia, la Mesa de Contratación, en su reunión del día 5 de diciembre de 2018, acordó solicitar a esa empresa que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 d la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, justifique la viabilidad de su oferta, presentando los documentos que estime pertinentes, por ser considerada desproporcionada o anormal”.

Unha vez presentada polo recorrente a súa documentación xustificativa e, á vista da mesma, a mesa de contratación decide a súa exclusión en base ao exposto nun informe técnico que sinala exclusivamente como fundamento o seguinte:

“Na xustificación do carácter anormal da proposición, non se tivo en conta polo licitador o impacto que vai supoñer a adxudicación da licitación dun novo centro de diálise na Comarca do Deza, tanto no volume de pacientes, ingresos, gastos, etc,...consonte ao establecido na memoria xustificativa da necesidade e idoneidade e no prego de cláusulas administrativas reitor da contratación deste servizo, no que se indica a posta en funcionamento deste novo centro que contará cun número aproximado de 45 pacientes”.

A referencia sinalada nese informe ao contido do PCAP atopámola na súa cláusula 2.1 referida ao “obxecto do contrato” nos seguintes termos:

“preténdese licitar proximamente na Comarca do Deza, formada polos concellos de Agolada, Dozón, Lalín, Rodeiro, Silleda e Vila de Cruces, un novo servizo de diálise. Polo que os pacientes procedentes da dita Comarca do Deza só serán atendidos no ámbito do presente contrato ata a formalización do contrato da dita Comarca”.

Ao que cabe engadir o recollido na memoria xustificativa da licitación ao respecto:

“preténdese licitar proximamente na Comarca do Deza, formada polos concellos de Agolada, Dozón, Lalín, Rodeiro, Silleda e Vila de Cruces, un novo servizo de diálise (...).

O número aproximado de pacientes sería de 45, cunha media de 13 sesións mensuais, polo que o orzamento estimado sería, para esta comarca, de 76.000 euros mensuais. Mentres esta licitación non estea adxudicada, os pacientes procedentes da Comarca do Deza serán atendidos no ámbito territorial da EOXI de Santiago de Compostela, é dicir, que a empresa adxudicataria da EOXI de Santiago de Compostela, expediente AB-SER4-18-003, atenderá aos pacientes da Comarca do Deza ata a adxudicación da súa licitación por un orzamento anual de 912.000 euros.

Analizando xa a propia decisión de exclusión, resulta que o único motivo da mesma deriva da falta de referencias na xustificación presentada ás consecuencias da nova licitación a efectuar polo órgano de contratación, que reduciría no momento de adxudicarse o volume desta contratación. Nese sentido, o informe do órgano de

contratación a este recurso indica que *“resulta aplicable o disposto no artigo 149.4 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, cando sinala que entenderase en todo caso que a xustificación non explica satisfactoriamente o baixo nivel dos prezos ou custos propostos polo licitador cando esta sexa incompleta”*.

Esta mención ao artigo 149.4 da LCSP debe poñerse en necesaria relación co disposto nese mesmo apartado respecto ao contido do requirimento a efectuar ao licitador:

“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.”

Pois ben, da lectura da comunicación efectuada ao licitador recorrente para que xustificase a súa oferta resulta que a mesma é formulada de xeito xenérico, indicando que se deberán presentar os *“documentos que estime pertinentes”* e sen que exista polo tanto ningunha mención á necesaria aportación da documentación que motivou a exclusión. A este respecto, xa na nosa anterior Resolución 42/2019 indicabamos que:

“Non resulta acollible que, despois da mera posta en coñecemento da empresa da súa situación de presunta anormalidade sen maiores concrecións, o órgano de contratación a exclúa por non ter facilitado exhaustivamente certas explicacións ou documentos moi específicos (no mesmo sentido Resolución 8/2019 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais da Comunidade Autónoma de Euskadi).”

Nesta liña, a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de 27 de novembro de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 e C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640), no seu apartado 5, establece que o requirimento ao licitador para que xustifique a súa oferta anormal debe recoller as *“precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición”*.

Tamén a recente Resolución 10/2019 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC) sinala que:

“Habrá que estar por lo tanto a cuáles sean en cada caso los parámetros definitorios de la presunción de anormalidad de las ofertas, así como, en relación con

ello, a la circunstancia de que el órgano de contratación o la mesa pudieran estimar pertinente que la justificación del licitador hubiese de alcanzar necesariamente a algún concreto aspecto de su oferta, supuesto en el cual el requerimiento deberá expresar este punto para permitir al licitador actuar en consecuencia”.

Isto hai que poñelo en conexión coas especiais características desta licitación, na que nos atopamos cunha previsión no PCAP, lex contractus e non impugnado, dunha posible redución no futuro do volume prestación contractual, se ben carente de precisión sobre o momento no que se realizará, pois a cláusula 2.1 do PCAP utiliza expresións como “preténdese” e “proximamente”. Do mesmo xeito, tampouco existen maiores mencións a esta circunstancia nin no PPT nin tampouco no PCAP, nin ese posible cambio se tivo en conta, por exemplo, para regular a configuración das oferta polos licitadores. A memoria da licitación sinala aspectos tales como o número de pacientes afectados por esa redución e o seu custo mensual, pero sen tampouco aquela expresa acotación temporal.

Hai que ter en conta, polo tanto, que a decisión de exclusión se fundamentou unicamente na omisión na documentación presentada polo licitador de previsión desa futura posible minoración no volume do obxecto contractual, sen que no requirimento remitido pola mesa se fixese ningunha mención a ese respecto e sendo as únicas indicacións do PCAP formuladas de xeito limitado e incluso como manifestación da vontade do órgano de contratación.

E neste caso concreto, ao non facer mención o órgano de contratación no seu requirimento á relevancia que lle pretendía outorgar nese trámite á expresa información sobre a posibilidade á que estamos a aludir, fai recaer, no aspecto deste debate, unicamente sobre o licitador as consecuencias desa xeneralidade do PCAP sobre a temporalidade da redución prevista.

Debemos reiterar que da lectura do informe técnico no que se fundamenta a exclusión, resulta que no mesmo non se analizou a viabilidade da oferta, nin as consecuencias que para a mesma podía ter a redución da prestación contractual, senón que unicamente se refire a que o licitador non a tivo en conta, e de aí a especial relevancia de que a petición de información ao licitador se formule con claridade, tal e como esixe o artigo 149.4 da LCSP.

E nese sentido, non se pode aceptar o contido do escrito presentado pola empresa alegante no que se analiza precisamente esa viabilidade, xa que non pode

substituír ao razoamento e decisión que lle corresponde efectuar necesariamente ao órgano de contratación.

Así, dado que os parámetros que fundamentaron a exclusión do licitador se centraron exclusivamente nesa falta de previsión, e non nunha análise sobre a viabilidade económica da oferta no seu conxunto, ese aspecto debía terse posto de manifesto ao interesado no requirimento de xustificación, aos efectos de que se atopase *“en condicións de xustificar, plena e oportunamente, a viabilidade da oferta”* (artigo 149.4 LCSP).

Tamén é procedente sinalar que, como xa ten sinalado este Tribunal en diversas ocasións, a decisión de exclusión é un resultado especialmente gravoso, que debe polo tanto ser apreciado con proporcionalidade, especialmente nun caso coma o presente en que se aparta da licitación á proposta máis beneficiosa para o órgano de contratación.

Agora ben, é importante expresar tamén que do dito ata o momento non se pode concluír que esa futura licitación á que se refire o PCAP non teña relevancia, pois é unha mención expresa recollida nas condicións da licitación, e que vincula polo tanto aos licitadores e ao órgano de contratación, e nese sentido, non se pode pretender alegar con posterioridade descoñecemento sobre o seu contido. En consecuencia, non é aceptable a alegación do recorrente que defende a admisión da súa xustificación da oferta, por entender que a mesa de contratación non *“pone en duda la capacidad de llevar adelante el contrato por el precio ofertado”*. Esa posibilidade de redución na prestación contractual existe e foi aceptada polas partes e ten unha indubidable transcendencia na correcta execución contractual, polo que lóxicamente pode formar parte da análise que ao respecto da viabilidade da oferta debe realizar a mesa de contratación.

En consecuencia, dada a redacción da cláusula 2.1 do PCAP e á vista de que o requirimento efectuado pola mesa de contratación ao licitador recorrente non se axustou ao deber de claridade esixido no artigo 149.4 do PCAP, procede a xuízo deste Tribunal aceptar parcialmente o recurso presentado e retrotraer o procedemento de licitación, aos efectos de que pola mesa de contratación se formule ao recorrente solicitude de aclaración segundo o sinalado nesta Resolución, co fin de que se lle permita, no mesmo prazo concedido no requirimento inicial, presentar a documentación que considere oportuna en relación co indicado no PCAP e o que, a estes efectos, lle indique a mesa de contratación. Esta posibilidade de aclaración por deficiencias no requirimento efectuado é igualmente aceptada polo TACRC na súa

recente Resolución 14/2019 na que expresamente se indica que *“el párrafo segundo del número 4 del artículo 149 establece que el requerimiento debe formularse con claridad, lo que implica la posibilidad de solicitar aclaraciones por deficiencia del requerimiento”*.

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

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por AVERICUM S.L contra a decisión de exclusión da súa oferta no procedemento de contratación dos servizos de hemodiálise extrahospitalaria na EOXI de Santiago de Compostela, expediente AB-SER4-18-003 do Servizo Galego de Saúde.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

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