

Recursos nº 60/2018 y nº 65/2018 (acumulados)

Resolución nº 57/2018

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

En Santiago de Compostela, a 8 de agosto de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.G.C. actuando en nombre y representación de GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.A. y por P.R.P. en el de SETEC BUILDING S.L.U, contra la exclusión de su oferta conjunta (recurso 60/2018) y contra la adjudicación (recurso 65/2018) en el contrato de prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración primaria, expediente 52/2018, del Ayuntamiento de San Cibrao das Viñas, 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 el Ayuntamiento de San Cibrao das Viñas se convocó la licitación del contrato de prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración primaria (fosas sépticas), expediente 52/2018, del Ayuntamiento de San Cibrao das Viñas, con un valor estimado declarado de 5.078.946,72 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el Perfil del contratante en el Ayuntamiento, en el BOE de 3.3.2018, en el DOG de 5.3.2018 y enviado al DOUE el 27.2.2018, con publicación el 3.3.2018.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, el contrato se califica como contrato administrativo de servicios, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 y en los artículos 5.1, 10 y 19.1.1a) del 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), por considerar que no existe traslación del riesgo operacional al empresario prestador del servicio.

Tercero.- La mesa de contratación, en su reunión de 29.06.2018, acuerda:

“En consecuencia con lo anterior, la Mesa de contratación considerando que no se justifica debidamente por GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.A y SETEC BUILDING, SLU que su oferta puede ser cumplida y el servicio prestado en las condiciones y plazos previstos, acuerda por unanimidad proponer al Órgano de Contratación la adjudicación a favor de la empresa ESPINA Y DELFIN SL considerando que es la oferta económicamente más ventajosa por considerarse el precio más bajo, no calificada de desproporcionada o anormal”

El recurrente manifiesta que tal actuación fue comunicada el 02.07.2018. En el Perfil del contratante del Ayuntamiento se expresa que el acta de esa mesa fue publicada en esa sede electrónica ese 02.07.2018.

El 19.07.2018 acuerda adjudicar el contrato la ESPINA Y DELFÍN S.L (en adelante, ESPINA Y DELFÍN), notificado, según el recurrente, el 23.07.2018.

Cuarto.- En fecha 20.07.2018 GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.A. y SETEC BUILDING S.L.U, en escrito conjunto, (GLOBAL-SETEC en adelante) interpusieron recurso especial en materia de contratación contra lo acordado en la mesa de 29.06.2018, por la sede electrónica de la Xunta de Galicia (recurso 60/2018). El 27.07.2018, también por la sede electrónica de la Xunta de Galicia, presentan recurso especial contra la adjudicación del contrato (recurso 65/2018).

Quinto.- El mismo 20.7.2018 se reclamó al Ayuntamiento de San Cibrao das Viñas el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP) en el recurso

60/2018. El expediente fue recibido en este Tribunal el día 24.5.2018 y el informe el 31.07.2018. El 27.07.2018 se reclamó el expediente e informe respecto del recurso presentado contra la adjudicación, recurso 65/2018, recibéndose el 31.07.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso 60/2018 a los interesados con fecha 24.07.2018, y el 31.07.2017 el texto del recurso 65/2018, recibéndose alegatos de ESPINA Y DELFÍN, S.L (ESPINA Y DELFÍN, en adelante).

Séptimo.- El 26.07.2018 se concedió la medida cautelar de suspensión de la licitación respecto de la petición esgrimida en el recurso 60/2018 y el 02.07.2017 el mantenimiento de la suspensión ope legis recogida en el artículo 53 LCSP.

Octavo.- Visto que el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, establece que *“El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que fuera la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento. Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno”*, este TACGal decide la acumulación de ambos recursos a efectos de su resolución conjunta.

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 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.- GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.A. y SETEC BUILDING S.L.U., se presentaron a esta licitación con el compromiso de constituirse en Unión

Temporal de Empresas (UTE), siendo el recurso firmado por los representantes de ambas empresas, por lo tanto siendo el acto impugnado la exclusión de esa oferta conjunta y posterior adjudicación a otro de los licitadores, tienen la legitimación del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- En base a las fechas citadas, los recursos está interpuestos en plazo.

Quinto.- Dado que el valor estimado es de 5.078.946,72 euros, procede este recurso al amparo del art. 44.1.1a) LCSP, y también cabe contra la actuación recurrida según el apartado 2 de ese precepto.

Sexto.- GLOBAL- SETEC, en su escrito del recurso, tras reseñar que ya tuvieron que interponer un previo recurso especial frente a una inicial no admisión de la presentación de su oferta, recurso estimado por la resolución TACGal 15/2018, recurren ahora – alegan- contra un acuerdo de exclusión, basado en la desproporción o anormalidad de su oferta.

Ante esto, la recurrente expresa, en primer lugar, que según la cláusula 2ª PCAP, solo hay un criterio de adjudicación: el precio más bajo. También explica que *“el motivo de la exclusión de nuestra oferta por incumplimiento del artículo 149 de la Ley 9/2017, y más concretamente, en el supuesto de estar basada la oferta en hipótesis inadecuadas, no puede ser admitido por cuanto que, tal y como se recoge en el propio PCAP, que es la ley del concurso a la cual quedan sujetas ambas partes, y en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, el régimen jurídico aplicable a esta licitación es el previsto en el TRLCSP y NO el previsto en la Ley 9/2017”*.. Posteriormente defiende la viabilidad de su oferta.

En el recurso presentado contra la adjudicación, básicamente se remiten a lo ya alegado en ese recurso contra la exclusión.

Séptimo.- Desde el órgano de contratación se remiten, como informe de estos recursos especiales, dos informes emitidos desde la Diputación de Ourense. Estos desarrollan una argumentación justificativa de la necesidad de exclusión de la oferta de la recurrente, argumentación a la que luego nos referiremos respecto de la decisión a adoptar en esta Resolución.

Octavo.- LA ESPINA Y DELFÍN presenta alegaciones donde defiende la exclusión y el origen de ratificar las actuaciones recurridas.

Noveno.- Como estamos describiendo, las recurrentes son dos empresas que concurrieron a esta licitación de forma conjunta, con el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas (UTE).

En esta licitación, ya había recaído sobre ellas una previa decisión de no admitirlas por entender que la oferta extemporáneamente, lo cual fue revocado por Resolución TACGal 15/2018.

Situados ahora en este punto presente del procedimiento de contratación, debemos comenzar significando algunos aspectos.

Estamos ante un contrato donde se recoge que a los efectos de la adjudicación se considerará *“exclusivamente la aportación económica municipal complementaria requerida por los licitadores para la prestación del servicio”*, en el sentido que se expresa en estas cláusulas del PCAP:

Cláusula 5: “El adjudicatario se retribuirá con las tarifas abonadas por los usuarios de los servicios, de conformidad con los importes establecidos en las ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas por la prestación de los mismos y con la aportación complementaria que le abonará el municipio, por importe anual, no superior a 195.385,82 euros más IVA (importe mensual de 16.282,15 euros más IVA), que el prestador del servicio haya establecido en su oferta.

Cláusula 16: “A los efectos de la adjudicación de este contrato, se considerará exclusivamente la aportación económica municipal complementaria requerida por los licitadores para la prestación del servicio, sin que resulten admisibles las variantes respecto de la documentación obrante en el expediente”

Por lo tanto, los licitadores debían presentar, a efectos de esa evaluación, una propuesta económica donde completar esta referencia *“a cambio de una aportación municipal, complementaria a las tarifas establecidas, por importe de € Anuales y... € mensuales más IVA, correspondiendo al importe neto la cantidad de... € y al IVA aplicable la cantidad de... €.”* así como también un estudio económico, *“que dé soporte y justifique la viabilidad de la oferta realizada”*.

Por otra parte, en el apartado 16 PCAP sobre ofertas anormales o desproporcionadas, la literalidad era:

“16.CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, ADMISIBILIDAD DE VARIANTES, OFERTAS ANORMALES O DESPROPORCIONADAS Y DESEMPATES

A los efectos de la adjudicación de este contrato, se considerará exclusivamente la aportación económica municipal complementaria requerida por los licitadores para la prestación del servicio, sin que resulten admisibles las variantes respecto de la documentación obrante en el expediente.

Para la consideración de la existencia de ofertas desproporcionadas o anormales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, se tendrán en cuenta los criterios señalados en el artículo 85 del RGLCAP y considerando el objeto del contrato y las circunstancias del mercado se reducen en un tercio los porcentajes establecidos en los apartados 1 al 4 del mencionado artículo, de conformidad con la autorización concedida en el apartado 5 de éste.

En los casos en los que existan ofertas presuntamente desproporcionadas o anormales, los licitadores incurso en ellas disponen de un plazo de tres (3) días hábiles, desde el requerimiento realizado a través del perfil del contratante, para que, si lo desean, puedan examinar el expediente, presentar las alegaciones que consideren oportunas y justificar que sus ofertas pueden ser cumplidas y el servicio prestado en las condiciones y plazos previstos. Con los trámites anteriores, y si existe informe favorable de los servicios técnicos municipales, se adjudicaría el contrato al licitador que demande la menor aportación municipal complementaria por la prestación del servicio. En otro caso, se adjudicaría a la mejor oferta no calificada de desproporcionada o anormal.

Los eventuales empates se resolverán por sorteo público, con ocasión de la apertura de las plicas, o bien, en acto posterior al que serán convocados los licitadores interesados.”

Dichos estos antecedentes, debemos centrarnos ahora en el procedimiento seguido para con la consideración de la oferta de GLOBAL-SETEC como anormal o desproporcionada.

Así, en esta licitación se consideró en baja anormal o desproporcionada a dos ofertas: la de ESPINA Y DELFIN, y la de la recurrente, GLOBAL-SETEC. Avanzamos que la justificación de la primera fue aceptada, y luego fue la adjudicataria, mientras que la de GLOBAL-SETEC no.

Como decíamos, a ambas se le pidió que justificaran sus ofertas, documental que fue remitida a los servicios técnicos de la Diputación de Ourense.

Centrados ahora en lo sucedido con GLOBAL-SETEC, el informe de la Diputación de Ourense, tenía esta conclusión:

“CONCLUSIÓN

Se acredita la solvencia y capacidad técnica de la UTE Global Omniun Mediambiente SA y SETEC Building SLU.

Sin entrar a valorar la justificación de costes e ingresos, presentada como resumen en el apartado 2.6 del documento aportado, en el que se encuentran incongruencias o errores (como el referido en el apartado 3), se debe poner de manifiesto que en los apartados 2.1 Personal y 2.3 Vehículos, están basados en hipótesis inadecuadas desde una perspectiva técnica y económica, ya que en el apartado de personal no se tiene en cuenta el coste de un oficial de primera fontanero, siendo personal subrogable con un coste de 34.855,54 €, y en el apartado de vehículos el coste reflejado es para 3,2 cuando el servicio debe ser dotado con 5 vehículos, pudiéndose llegar a asumir 4 más el del jefe de servicio el 20% (4,2), incumpliendo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 149.

Lo que le traslado a la mesa de contratación para su superior criterio.”

Lo que sucede tras la evacuación de este informe es que se reúne la mesa de contratación el 29.06.2018, cuya acta lo que recoge es:

“Por los asistentes si procede a examinar el informe elaborado por los técnicos de la Sección de Aguas de el Área de Medio Ambiente de la Excma.

“Por los asistentes se procede a examinar el informe elaborado por los técnicos de la Sección de Aguas del Área de Medio Ambiente de la Excma. Diputación Provincial de Ourense en relación a la justificación aportada por las empresas GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, SA y SETEC BUILDING, SLU para justificar la baja desproporcionada en la licitación del contrato de PRESTACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DE ABASTECIMIENTO DOMICILIARIO DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y DEPURACION PRIMARIA (FOSAS SEPTICAS) DEL MUNICIPIO DE SAN CIBRAO DAS VIÑAS cuyo contenido se adjunta como anexo a la presente Acta.

Seguidamente el Secretario de la Mesa de contratación da lectura a lo dispuesto en la Cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Económico-administrativas cuyo tenor literal es el siguiente:

(...)

En consecuencia con lo anterior, la Mesa de contratación considerando que no se justifica debidamente por GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, SA y SETEC BUILDING, SLU que su oferta pueda ser cumplida y el servicio prestado en las condiciones y plazos previstos, acuerda por unanimidad proponer al Órgano de Contratación la adjudicación a favor de la empresa ESPINA Y DELFIN, SL considerando que es la oferta económicamente más ventajosa por considerarse el precio más bajo, no calificada de desproporcionada o anormal.

En el expediente quedan todas las proposiciones presentadas y los informes emitidos.

El Presidente da por terminada la reunión a las 13:30 horas. Y para que quede constancia de lo tratado, yo, el Secretario, redacto Acta que someto a la firma del Presidente y Vocales; doy fe.”

Después de esto lo siguiente que aparece es que el 02.07.2018 la Junta de Gobierno Local clasifica las ofertas, sin citar en ese cuadro a GLOBAL-SETEC, y seguidamente decide “Notificar y requerir a D..... en representación de ESPINA Y DELFIN, SL, licitador que presentó la oferta económicamente más ventajosa, para que presente, en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a aquel en que recibiera el requerimiento, la documentación acreditativa de la posesión y validez de los documentos exigidos en el apartado primero del artículo 146 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ...”. Finalmente, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19.07.2018 se acuerda adjudicar el contrato a ESPINA Y DELFIN.

De lo visto sobre esta tramitación de la baja de GLOBAL-SETEC, son dos los aspectos sobre los que debemos llamar la atención.

El primero de ellos es que este TACGal observa que no hubo, en sí, una decisión formal y expresamente adoptada de exclusión de la oferta de la recurrente por baja anormal o desproporcionada, por el órgano a quien le corresponde la misma, y por directa consecuencia, una decisión del competente, motivada.

Así, lo que hay es un informe de los servicios técnicos de la Diputación que finaliza expresando “Lo que le traslado a la mesa de contratación para su superior criterio”, seguido de una reunión de la mesa de contratación donde se expresa que se procede a examinar tal informe y que finaliza expresando que la mesa considera que “no se justifica debidamente por GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, SA y SETEC

BUILDING, SLU que su oferta pueda ser cumplida y el servicio prestado en las condiciones y plazos previstos". Si observamos esa acta, se alude a que el acuerdo adoptado es el de proponer como adjudicatario a ESPINA Y DELFIN.

Seguidamente, actúa entonces la Junta de Gobierno Local para los trámites destinados a la adjudicación del contrato la ESPINA Y DELFÍN, pero cuyos acuerdos tampoco aluden literal y expresamente a que acordaran la exclusión de la oferta de GLOBAL-SECTEC, si bien ya no menciona esta cuando clasifica las ofertas por lo que, de facto, fue excluida pero sin referencia a la decisión al respecto.

Recordemos que el artículo 152 TRLCSP menciona que debe haber una decisión de exclusión como tal (sea autónoma, sea inserta en la resolución de adjudicación), y quién debe adoptarla:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la hubiera presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

(...)

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimara que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con la orden en que fueran clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior.”

Observamos entonces como, si bien debe haber un asesoramiento técnico, la decisión de de exclusión es del órgano de contratación, y así debe expresarlo tal órgano. En la Resolución TACGal 13/2018 se describía :

“La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que debe sopesar las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe valorar adecuadamente ambos y adoptar su decisión con base en ellos”

A estos efectos, la mesa puede proponer, pero la la decisión de exclusión es del órgano de contratación, como reitera el artículo 22.1.f) del Real Decreto 817/2009:

“Artículo 22. Funciones de las mesas de contratación.

1. Sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones complementarias, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación:

(...)

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo”

Este TACGal admite que la motivación de esa decisión de la exclusión pueda ser “in aliunde”, por remisión a este informe técnico, pero sin que esto implique equiparlo a una ausencia de decisión exteriorizada por el competente. Por todas, Resolución TACGal 14/2018:

“Lo mismo sucede con la resolución que finalmente decreta la exclusión. Si bien podía ser más desarrollada en su contenido, 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.”

Una vez detectada la ausencia de una decisión expresa de exclusión del órgano de contratación, hay que significar que esta irregularidad no puede actuar como óbice

de la procedibilidad de la acción del recurrente, pues de facto fue excluido realmente, sino como defecto de la tramitación habida y de su motivación, pues se podría concluir que el centro decisorio fue entonces el informe técnico en sí, trascendiendo entonces de su papel de asesoramiento.

Pero es que, a mayores, en el informe técnico provincial existen también problemáticas a destacar, relevantes dada la nuclear posición que tuvo el mismo en esta licitación, como acabamos de ver.

Así, ese informe expresamente recoge que la exclusión sería por estar *“incumpliendo la Ley 92017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 149”*.

Como bien recoge el recurso, esta licitación, y por lo tanto también este análisis de la baja, estaba sometida al TRLCSP, por lo que estamos ante otro defecto, unido a que las regulaciones al respeto entre ambos textos legales no son exactamente iguales. De hecho, el informe acoge expresiones de la LCSP y no las del TRLCSP. Que no hubiera en la mesa ni por el órgano de contratación explicaciones propias hace que este defecto se proyecte hacia exclusión de facto acaecida.

También esa omisión de ulteriores explicaciones en la mesa y en el órgano de contratación hace, asimismo, relevante observar un aspecto sustancial como que el informe técnico únicamente hace una labor descriptiva de forma que donde observa diferencias en aspectos como personal o vehículos, las menciona pero sin analizar de qué forma esto hará que la oferta sea inviable en un grado que determine la conclusión de que no podrá *“ser cumplidas y el servicio prestado en las condiciones y plazos previstos”* - en términos del PCAP para la baja-.

Efectivamente, no puede perderse cuál es la perspectiva a examinar en una oferta con presunción de anormalidad, la cual es, dicho de una forma muy somera, analizar si esa baja denota que la misma no será viable, en el marco de lo que se recoge en el TRLCSP. Este texto legal, recoge en el artículo 152 que la exclusión, de estimarse, debe ser porque *“la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*, por lo que la motivación para la exclusión debe pivotar sobre esta dimensión. Esto es, debe analizarse si existen elementos que permiten establecer que la proposición no puede ser cumplida al amparo de lo que denota esa baja, y que, por lo tanto, no se debería hacer la adjudicación a quien la presentó.

A maiores, mencionar que esa motivación se exige reforzada de implicar la exclusión. Por todas, Resolución TACGal 53/2018:

“Por otro lado, aquí estamos en presencia de la impugnación de una decisión de, precisamente, no excluir a un licitador, esto es, de una decisión que va en la dirección hacia concurrencia a efectos de que pueda ser adjudicatario quien presenta la mejor opción para los intereses públicos. Evidentemente, esto solo se puede hacer con quien cumpla con las condiciones de la licitación y presente una oferta económicamente viable, pero la motivación ha de ser reforzada en aquellos casos donde la decisión de un resultado restrictivo de esa concurrencia, como sucede cuando la conclusión es la exclusión o no admisión (por todas también, Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, 332/2017)”

Lo dicho no se observa en el informe técnico evacuado, lo cual es muy relevante teniendo en cuenta además el automático seguimiento que hubo del mismo. Si unimos esto a lo descrito de que el informe expresamente recoge que hace un análisis al amparo de una ley no aplicable temporalmente al caso es que no hubo decisión expresa del órgano de contratación, hace que estemos ante irregularidades invalidantes, por ocasionar indefensión, con los efectos que luego abordaremos.

De hecho, abunda en lo dicho que el informe técnico textualmente diga que deja sin abordar aspectos tan relevantes como los costes e ingresos, a pesar de observar problemas (*“Sin entrar a valorar la justificación de costes e ingresos...en el que se encuentran incongruencias o errores”*), cuando la motivación reforzada antes aludida exige agotar todos los aspectos del análisis.

En este sentido recordar que el trámite abierto fue el previsto para con las bajas con presunción de anormalidad o desproporción, por lo que sobre tal institución es sobre lo que debe versar al análisis, con una motivación suficiente y con conclusiones para con lo que el TRLCSP exige determinar. Ulteriormente debe existir una decisión final del órgano de contratación. Recordamos que este no está vinculado por lo que esos informes habían recogido, de ahí la necesidad de que exista tal decisión formal y materialmente, con su motivación, sea por la vía *“in aliunde”*, en el caso de estar de acuerdo con aquel informe técnico, haciendo entonces que ese informe técnico llegue al afectado, todo esto completado con la información de los recursos que quepan.

También es evidente que esas carencias descritas no pueden ser suplidas en los informes de la Diputación emitidos al amparo de los recursos presentados, sea por la comprensible razón de que el recurrente no puede conocer su contenido a efectos de

combatirlos en términos de legítima defensa, por lo que el mayor desarrollo argumentativo en el mismo contenidos – que no se evalúa en este momento por este TACGal, por lo tanto- no puede hacer variar la conclusión invalidante antes avanzada. Apuntar también que no es apropiado que el informe del artículo 56.2 LCSP no sea de alguna instancia del poder adjudicador, como exige el precepto. Lo dicho no es óbice para que, de estimarse así, éste pueda recabar y sustentarse en informes técnicos, sean estos de otra Administración, como es aquí la provincial, por las funciones de asistencia de esta.

Todas las problemáticas descritas obligan a este Tribunal a anular la exclusión de la oferta de los recurrentes acaecida en esta licitación y así como el subsiguiente acuerdo de adjudicación, decretando la retroacción al momento de la solicitud del informe técnico previsto en el artículo 152.3 TRLCSP de evaluación de la justificación de la oferta presentada por GLOBAL-SETEC, para que una vez evacuado se continúe con el procedimiento legalmente previsto.

En la misma dirección, Resolución 368/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

“La discrecionalidad de los informes técnicos reina en este campo, siempre y cuando se advierta una correcta y debida motivación de los mismos, pues ante una escasa o insuficiente justificación aquélla se transforma en pura y simple arbitrariedad y ahí reside la función de este Tribunal, con la recta finalidad de enjuiciar si dichos informes se encauzan debidamente y, si satisfacen dichas exigencias de motivación en los términos contenidos en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

(...)

En esta tesitura, ante la parquedad de los informes y sobre todo, ante las contradicciones existentes entre ellos, este Tribunal estima que no se ha justificado debida y motivadamente la exclusión de la oferta económica formalizada por la recurrente.

Procederá pues, con estimación del recurso, declarar improcedente la exclusión de la proposición de EL PARAGUAS AZUL, S.L.U. y anular el acuerdo de adjudicación, con retroacción de actuaciones del procedimiento a fin de que se realice la valoración de las proposiciones incursas en presunción de baja desproporcionada, de acuerdo con las justificaciones dadas por las empresas y previa la emisión de un informe debidamente motivado, se proceda conforme a 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 parcialmente** los recursos interpuestos por GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.A. y SETEC BUILDING S.L.U, contra la exclusión de su oferta conjunta (recurso 60/2018) y contra la adjudicación (recurso 65/2018) en el contrato de prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración primaria, de forma que, con anulación de la exclusión y adjudicación, se proceda a la retroacción recogida en el último de los fundamentos jurídicos.

2. Levantar las suspensiones acordadas en su día en los recursos 60/2018 y 65/2018.

3. El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento la 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.