

Recurso nº 69/2019**Resolución nº 74/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 1 de abril de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. G.A.J. actuando en nome e representación de IDADE DE OURO SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.L. contra a exclusión da súa oferta do procedemento de licitación conxunta do servizo de axuda no fogar modalidade dependencia nos concellos de Alfoz e O Valadouro, licitado polo Concello de Alfoz, expediente 314/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en diante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Alfoz convocouse a licitación conxunta do servizo de axuda no fogar modalidade dependencia nos concellos de Alfoz e O Valadouro, cun valor estimado declarado de 3.376.626,72 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o día 23.10.2018.

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

Terceiro.- O recorrente impugna a súa exclusión do procedemento de licitación ao entender o órgano de contratación como non xustificada a viabilidade da súa oferta.

Cuarto.- O día 15.03.2019 IDADE DE OURO SERVICIOS SOCIOSANITARIOS 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 18.03.2019 reclamouse ao Concello de Alfoz 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 adelante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 21.03.2019.

Sexto.- O 21.03.2019 trasladouse o recurso aos interesados, recibíndose alegacións da entidade SERVICIOS SOCIAIS SAN ROQUE S.L.

Sétimo.- O 25.03.2019 adoptouse a medida cautelar de suspensión do procedemento.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis 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 da licitación pola decisión aquí impugnada, polo que a súa lexitimación é incuestionable.

Cuarto.- O acordo de exclusión foi notificado o día 04.03.2019, polo que o recurso está interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Tratándose dun acordo de exclusión adoptado nun procedemento de licitación dun contrato de servizos con valor estimando superior a 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- O recorrente alega, en primeiro lugar, que a súa oferta foi considerada indebidamente como desproporcionada, xa que conforme ao establecido nos pregos non se atopaba nesa situación.

Ademais, critica a falta de motivación do acordo de exclusión, por non ter en conta as condicións económicas da súa oferta.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao expresado no recurso e defende a inviabilidade da oferta do recorrente, no referente á acreditación do cumprimento do convenio colectivo de aplicación.

O alegante igualmente solicita a desestimación do recurso.

Oitavo.- O primeiro argumento do recorrente céntrase en que a súa oferta non podía ser considerada desproporcionada, xa que o órgano de contratación non debeu tomar como referencia cada un dos prezos unitarios da licitación, senón o orzamento global. Nese sentido argumenta:

“El precio a pagar por la administración es un precio único, global o final para el servicio contratado. La empresa recibirá la totalidad de ese precio, y por tanto la sostenibilidad del servicio sólo puede considerarse en atención al precio que finalmente va a facturar la empresa por su realización. Independientemente de cómo impute dicho precio en su oferta la empresa a cada uno de los servicios a ejecutar”

A configuración da licitación era a seguinte. Segundo a cláusula 1.2 do PCAP:

“O obxecto do contrato, a efectos da súa execución, divídese en lotes, correspondendo cada un de eles á prestación do obxecto do contrato no termo municipal correspondente, na medida en que se mantén a titularidade municipal do servizo, de tal forma que os respectivos contratos de servizo formalizaráanse entre a empresa adxudicataria e cada un dos concellos integrantes da contratación, non

afectando á prestación do servizo social comunitario de cada concello nin ao réxime de financiamento do mesmo.”

LOTE 1 Código CPV:85300000-2

Descrición do lote: SAF DEPENDENCIA CONCELLO DE ALFOZ

Valor estimado: 1.263.794,07 €

Orzamento base de licitación IVE excluído:

702.107,82

IVE 4%: 28.084,43 €

Orzamento base de licitación IVE incluído: 730.192,13 €

Lugar de execución: TERMO MUNICIPAL DE ALFOZ

LOTE 2 Código CPV:85300000-2

Descrición do lote: SAF DEPENDENCIA CONCELLO DE O VALADOURO

Valor estimado: 2.112.832,65 €

Orzamento base de licitación IVE excluído: 1.173.795,92

IVE 4%: 46.951,84 €

Orzamento base de licitación IVE incluído: 1.220.747,76 €

Lugar de execución: TERMO MUNICIPAL DE O VALADOURO”

A cláusula 4 do PCAP:

“O prezo base de licitación fíxase en termos unitarios (prezo/hora):

Servizo	Prezo/h ora	IVE	Prezo IVE incluído
<i>Hora ordinaria DEPENDENCIA</i>	<i>14,28</i>	<i>4%</i>	<i>14,85 euros</i>
<i>Hora extraordinaria DEPENDENCIA</i>	<i>18,23</i>	<i>4%</i>	<i>18,96 euros</i>

(...)

LOTE 1: CONCELLO DE ALFOZ :

a) horas ordinarias: 16.757 horas x 30%+ = 21.784 horas

21.784 horas x 14,28 €/hora S/IVE = 311.075,52 euros

(12. 443,02 euros de IVE)

b) horas extraordinarias : 1687 horas x 30%+: 2193 horas

2193 horas x 18,23 €/hora S/IVE = 39.978,39 euros

(1599,14 euros de IVE)

Total precio anual concello de Alfz: 351.053,91 euros mais IVE.

LOTE 2: CONCELLO DE O VALADOURO:

a) horas ordinarias: $28.873,02 \text{ horas} \times 30\%+ = 37.534,93 \text{ horas}$

$37.535 \text{ horas} \times 14,28\text{€/hora S/IVE} = 535.999,80 \text{ euros}$

(21.439,99 euros de IVE)

b) horas extraordinarias : $2147,98 \text{ horas} \times 30\%+ : 2792,38 \text{ horas}$

$2792 \text{ horas} \times 18,23 \text{ €/hora S/IVE} = 50.898,16 \text{ euros}$

(2035,93 euros de IVE)

Total precio anual concello de O Valadouro: 586.897,96 euros mais IVE.

Total precio anual contrato: 937.951,87 euros máis IVE"

Por último, a cláusula 14 do PCAP ao respecto das ofertas anormalmente baixas establece:

"Cando en aplicación dos parámetros establecidos nos criterios de valoración das ofertas, de conformidade co indicado no artigo 85 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas. algunha delas estea incurso en presunción de anormalidade, concederase aos licitadores afectados un prazo de cinco días hábiles para que poidan presentar unha xustificación axeitada das circunstancias que lles permiten executar dita oferta nesas condicións, cos criterios que se sinalan respecto diso no artigo 149.4 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, pola que se transponen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, de 26 de febreiro de 2014.

O carácter anormal das ofertas apreciarase en función dos seguintes parámetros:

<i>criterio</i>	<i>parámetro</i>
<i>prezo</i>	<i>Incumprimento convenio colectivo e aplicación</i>

O órgano de contratación sinala no seu informe que, aos efectos de determinar as ofertas con valores desproporcionados, se tivo en conta o previsto nesa cláusula décimo cuarta e no artigo 85 do RD 1098/2001.

Analizado o contido desa cláusula 14 do PCAP no que se refire aos aspectos a ter en conta para determinar as ofertas desproporcionadas, observamos que, por un lado, efectúa unicamente unha referencia xenérica ao art. 85 do Regulamento xeral da Lei de contratos das Administracións Públicas (RD 1098/2001); e, ademais utiliza a expresión "ofertas anormalmente baixas", polo que xa adiantamos que, de

conformidade co que expresaremos ao longo desta resolución, a interpretación máis lóxica desa literalidade é que o prego fai referencia á oferta no seu conxunto, sexa por non recoller ningunha expresión que permita anticipar que o limiar de temeridade se referirá a cada un dos prezos desagregados.

Se ben esa cláusula fai referencia ao prezo como criterio para determinar as ofertas desproporcionadas, o certo é que as características desta licitación impiden entender que ese aspecto se deba referenciar necesariamente a cada un dos prezos unitarios por hora ordinaria e extraordinaria de xeito separado.

Así, se observamos a cláusula cuarta do prego citada con anterioridade, advertimos que, aínda que inicialmente fai referencia ao prezo/hora ordinaria e extraordinaria, de seguido establece literalmente como prezo anual de cada un dos lotes o seu prezo de xeito global, e do mesmo xeito fixa o orzamento base da licitación do contrato, o cal se axusta ao argumento defendido polo recorrente.

Ademais, o feito de que a licitación estea configurada en dous lotes, un por cada Concello onde se realiza a prestación, dificulta tamén apreciar que a análise da desproporción da oferta se realice ignorando o que sería a proposición para cada lote para realizala en base aos prezos unitarios.

Polo que, como primeira conclusión, debemos indicar que a postura do recorrente de que o limiar de temeridade non se debía calcular por cada prezo unitario por separado non se afasta do contido do PCAP.

Sobre un caso similar ao presente xa nos pronunciámos na nosa Resolución 25/2018, na que razoábamos que:

“non existindo expresión concreta no PCAP, cabe sinalar que, se ben procede a fixación de prezos unitarios para a clasificación das ofertas presentadas, a utilización do mesmo criterio para a apreciación da presunción de anormalidade non resulta adecuado, pois a finalidade de ambos supostos é distinta. No primeiro caso o órgano pretende determinar a oferta máis vantaxosa, pero no segundo os criterios a aplicar serven para fixar unha presunción de que unha oferta, no seu conxunto, non pode ser cumprida e que o licitador non poderá facer fronte á execución do global do contrato, polo que a referencia desa presunción a un aspecto parcial do contrato non semella correcto. Así, non resulta ilóxico nin desproporcionado que un licitador formule a súa oferta con prezos máis baixos nalgún apartado e máis axustados ao orzamento de licitación nalgún outro. Entendelo doutro xeito para a determinación do

limiar de temeridade non se axustaría á propia finalidade da licitación, como é a de seleccionar a proposta máis vantaxosa para a Administración.

É dicir, a mera referencia que fai o PCAP ao establecido no art. 85 do RD 1098/2001, sen maior especificación, non ampara a posterior decisión de valorar as posibles ofertas desproporcionadas en base aos prezos unitarios. De ser esa a intención inicial do concello, debeu fixala con claridade nos pregos, de tal forma que fose coñecida por todos os potenciais licitadores. Se non o fixo, debe admitir que calquera licitador dilixente presente a súa oferta co convencemento de que o cálculo para apreciar o limiar de temeridade non se efectuará por prezos unitarios, sendo ademais a valoración global da oferta, como xa indicamos e como recolle a doutrina dos tribunais administrativos, a forma inicialmente máis axeitada para entender se unha proposición pode ser ou non debidamente cumprida”.

Neste caso, ademais, tamén é salientable que o obxecto contractual é o servizo de axuda no fogar, sen que existan prestacións diferenciadas, polo que a diferenza no prezo/hora ven unicamente determinada polo aspecto temporal da súa realización.

A liña argumental dos Tribunais administrativos a este respecto é clara, existindo diversas resolucións do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC), entre outros, que resolven a cuestión aquí formulada. Como sinala na súa Resolución 63/2015:

“El contrato no está dividido en lotes y la distinción de los distintos componentes de la oferta económica es relevante para la valoración de la misma, pero, puesto que se contrata tanto la edición como la impresión y tanto de la revista mensual como de los posibles números extraordinarios, suplementos, encartes, etc., la anormalidad o desproporción de la oferta, salvo que el PCP estableciera explícitamente otra cosa, se debe referir a la oferta global.

Como hemos señalado en otras resoluciones (por ejemplo en la nº 824/2014, de 31 de octubre) no carece de lógica ni es temerario, en principio, hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios a contratar, que se compense con otra más ajustada al presupuesto de licitación en otra u otras de las prestaciones.”

Igualmente, na Resolución 1095/2017 sinala expresamente:

“De este modo, a la hora de calificar (y justificar) una oferta como anormal o desproporcionada, debemos estar a la globalidad de la misma, salvo que el PCAP haya establecido expresamente otra cosa”

Tamén a Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) na súa Sentenza de 14 de xullo 2005 indicou:

“En cuanto al carácter de temerario por la desproporción a la baja que se imputa a la oferta ganadora del concurso, como señala el Abogado del Estado, tal concepto en su configuración legal, (ex Art. 86.3 de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas) debe afectar a la totalidad de la oferta económica y no a uno de los elementos de la misma, como en el supuesto de autos, en el que se denuncia tal desproporción respecto del canon de custodia de los contenedores”

Esta doutrina consolidada do TACRC é congruente coa xeral fixada polos diversos Tribunais Administrativos respecto á valoración das ofertas, admitindo, por exemplo, a viabilidade de ofertas cun prezo de cero euros nalgunha prestación. Así o recolle o Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía na súa Resolución 131/2017:

“Lo anterior impide considerar la inconsistencia de la proposición adjudicataria, y es que, en definitiva, la viabilidad de esta ha de apreciarse, no en atención a sus distintos componentes por separado, sino en relación al conjunto de la prestación, siendo perfectamente posible, como de hecho sostiene la doctrina expuesta de los tribunales de recursos contractuales, compensar costes entre las distintas partidas en que se desglosa el contrato”

Todo o cal determina, en definitiva, que debamos estimar este motivo do recurso.

Noveno.- Se ben o expresado no fundamento anterior xa suporía, por si mesmo, a anulación da exclusión da recorrente, coa finalidade de esgotar os termos do debate presentado analizaremos os seguintes argumentos expostos no recurso, centrados na viabilidade da oferta presentada.

Segundo o expediente remitido a este Tribunal, unha vez presentada pola licitadora recorrente xustificación documental en defensa da viabilidade da súa oferta, a mesa de contratación, con base no informe do servizo de asesoramento xurídico da Deputación Provincial, acorda propoñer a exclusión da proposta de IDADE DE OURO SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.L.

O dito informe, centrado en analizar a doutrina do TACRC ao respecto das baixas desproporcionadas, establece as seguintes conclusións:

“PRIMERA.- Los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio del mercado del contrato, sino que, además, tiene fuerza vinculante y su respeto debe quedar totalmente garantizado.

SEGUNDA.- Dada la nueva redacción de los arts. 148 y 201 de la LCSP puesto que es necesario que los contratistas cumplan con las obligaciones en materia laboral, es por lo que si la oferta está integrada por un salario inferior al de mercado, la misma deberá ser rechazada.

TERCERO.- Entendemos por lo tanto, como no viable la oferta presentada por parte de la empresa Idade de Ouro Servicios Sociosanitarios SL, dado que presenta valores desproporcionados (baja del 31,43 %) en el concepto salarial hora extraordinaria, por lo que debe ser rechazada su oferta al no cumplir con el convenio colectivo sectorial vigente en materia de ayuda a domicilio.”

O primeiro que destaca dese informe é que non existe no mesmo ningunha referencia aos aspectos económicos da oferta, nin se analizan os datos expostos polo licitador na documentación presentada, datos que como veremos durante esta resolución non carecen de relevancia.

De feito, semella que o informe adopta unha postura de exclusión automática, ao xustificar o rexeitamento da proposta no dato exclusivo do prezo inicialmente ofertado, algo que en absoluto se axusta á lexislación contractual. Como ten manifestado este Tribunal en numerosas ocasións como, por exemplo, na Resolución 42/2019:

“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.).”

Nese aspecto, o informe sinalado e a posterior actuación da mesa de contratación baleiran de contido o propio trámite previsto no artigo 149 da LCSP, ao non analizar as alegacións presentadas nese momento polo licitador e xustificar unicamente a inviabilidade da oferta no feito de que *“presenta valores desproporcionados (baja del 31,43 %) en el concepto salarial hora extraordinaria, por*

lo que debe ser rechazada su oferta al no cumplir con el convenio colectivo sectorial vigente en materia de ayuda a domicilio”.

Ademais, un dato salientable é que se temos en conta as ofertas dos licitadores nese parámetro de hora/extraordinaria que segundo a literalidade do informe técnico foi o único tido en conta para determinar a exclusión do licitador, resulta que as ofertas dos outros dous licitadores, se ben non se atopan na situación de baixa desproporcionada, sitúanse tamén por debaixo dos parámetros calculados polo órgano de contratación segundo o convenio colectivo aplicable, o que dificulta igualmente a aceptación do argumento do Concello.

Finalmente, se analizamos a documentación xustificativa presentada polo recorrente, tamén se nos mostran diversos aspectos que dificultan validar os argumentos municipais.

En primeiro lugar, que as horas extraordinarias previstas na licitación suman 4.985, o que supón o 7,75% respecto as horas totais previstas na licitación, polo que evidentemente a súa relevancia como único motivo ao efecto de medir as posibilidades de cumprimento por un licitador da súa oferta é considerablemente limitada.

En segundo lugar, especialmente salientable é que a separación económica entre as ofertas dos tres licitadores, se as comprobamos de xeito global, son mínimas. Así, no lote de Alfoz a diferenza entre a oferta da adxudicataria e a oferta máis elevada é de 4.315,77 euros o que supón unha porcentaxe do 1,23% sobre o orzamento da licitación para ese lote. E, no lote de O Valadouro, a diferenza coa oferta máis elevada non acada o 0,5% dese orzamento total. No total da licitación ese importe de diferenza entre esas dúas ofertas máis baixa e máis alta é de tan só o 0,76% do orzamento global dos dous lotes.

Esta similitude nas ofertas económicas dos licitadores dificulta enormemente apreciar como inviable a do recorrente, ben sexa pola falta de argumentos nese sentido aportados polo informe que serviu de fundamento á mesa de contratación, máis aínda cando consta na documentación presentada polo licitador desagregación expresa dos seus custes estimados que non son mencionados nese informe.

En definitiva, e se ben o explicado no fundamento xurídico anterior xa determinaba a estimación deste recurso por non poder considerarse a oferta do

recorrente como desproporcionada, o certo tamén é que a posterior actuación do órgano de contratación non foi correcta, por non axustarse ao establecido no artigo 149 da LCSP.

Nese sentido, e partindo da esixencia establecida nese artigo respecto a que “os órganos de contratación rexeitarán as ofertas se comprobán que son anormalmente baixas porque (...) non cumpren as obrigacións aplicables en materia ambiental, social ou laboral, (...) incluído o incumprimento dos convenios colectivos sectoriais vixentes”, esta obriga necesariamente esixir unha análise da oferta do licitador e da documentación xustificativa presentada aos efectos de acreditar, no seu caso, este incumprimento, algo que no caso que se nos presenta non sucedeu.

Reiteramos que o informe técnico, como vimos, pretende xustificar a exclusión da licitadora no incumprimento nun dos elementos da súa oferta económica dos cálculos de custos salariais efectuados previamente polo órgano de contratación con base no convenio colectivo de aplicación, sen que conste análise da xustificación aportada pola empresa ao respecto, e iso é incorrecto por dous motivos.

O primeiro, porque como explicamos no fundamento anterior os licitadores participan de conformidade cos parámetros establecidos polos pregos, e se estes puntuaban de xeito diferenciado a hora ordinaria e extraordinaria, nada se pode obxectar a un licitador que configura a súa oferta coa intención de obter a maior puntuación e gañar a licitación.

E en segundo término, e como continuación do indicado, porque a conclusión do incumprimento das obrigas laborais, neste caso e de xeito específico as condicións salariais establecidas no convenio colectivo, debe producirse tras a análise da oferta global do licitador, como conxunto de ingresos previstos e en base ao detalle por el aportado da desagregación dos seus custos estimados. Unha vez feita esa análise, e apreciado no seu caso polo órgano de contratación ese incumprimento, sería cando procedería a exclusión do licitador. Ao non facelo así, e non constando no informe técnico maior argumento que acredite ese alegado incumprimento, a actuación do órgano de contratación non se pode considerar como correcta.

En conclusión, debemos estimar o recurso presentado, debendo retrotraerse as actuacións ao momento previo á súa exclusión, de tal xeito que se proceda a unha nova valoración das ofertas incluíndo á da recorrente e se efectúe a proposta de adxudicación do contrato á mellor clasificada, manténdose a tales efectos a validez

daqueles actos e trámites cuxo contido permanecería igual de non cometerse a infracción.

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

1. **Estimar** o recurso interposto por IDADE DE OURO SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.L. contra a exclusión da súa oferta do procedemento de licitación conxunta do servizo de axuda no fogar modalidade dependencia nos concellos de Alfoz e O Valadouro, licitado polo Concello de Alfoz.

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.