

Recurso nº 99/2018**Resolución nº 96/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 25 de outubro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por don J.A.T.M. contra a resolución de adxudicación do sublote 16 do lote 3 do contrato de concesión de servizos de 255 cafeterías escolares da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria durante o curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria convocouse a licitación do contrato e concesión de servizos de 255 cafeterías escolares durante o curso 2018/2019, cun valor estimado declarado de 3.720.000,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOGA e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o día 17.07.2018.

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 o acordo de adxudicación, notificado o 13.09.2018 ao recorrente, por canto se ditou sen que se resolvera o procedemento que se lle abriu por ser a súa oferta anormalmente baixa.

Cuarto.- En data 03.10.2018 don J.A.T.M. interpuxo recurso especial en materia de contratación, mediante escrito presentado ante o órgano de contratación, con entrada no TACGal o 05.10.2018.

Neste punto é de interese significar que a información sobre o recurso especial que consta na notificación do acordo impugnado non é completa, ao recoller unicamente que o mesmo se podía interpoñer ante o mesmo órgano que o ditou, limitando as opcións recollidas no artigo 51.3 LCSP. A estes efectos, destacamos a importancia da referencia á posible presentación directamente ante este Tribunal (para o que están habilitados enlaces da presentación electrónica en <https://tacgal.xunta.gal/procedementos.html>), o cal tamén debe ser trasladado nesa información de impugnación que se subministra.

Quinto.- O 05.10.2018 solicitouse á Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria 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), que se recibiu o 15.10.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 16.10.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- O 10.10.2018 este Tribunal acordou manter a suspensión automática do procedemento de licitación do artigo 53 LCSP.

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 os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de

aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- O recorrente foi licitador no procedemento de contratación, impugnando a adxudicación, neste caso recaída no que era o outro partícipe neste procedemento, polo que a súa lexitimación é incuestionable.

Cuarto.- O acordo impugnado foi notificado o día 13.09.2018, estando o recurso dentro do prazo legalmente fixado no artigo 51 LCSP.

Quinto.- Ao tratarse da impugnación do acordo de adxudicación dunha licitación de concesión de servizos cun valor estimado superior a 3.000.000 euros, o recurso é admisible.

Sexto.- O recorrente expresa que se lle abriu trámite de alegacións por estar a súa oferta en presunción de anormalidade ou desproporción, que este presentou as súas consideracións e que o seguinte que recibe é a resolución de adxudicación a favor doutro licitador, sen decisión sobre aquilo.

Recole que ante unha oferta con presunción de anormalidade non cabe unha exclusión automática, senón que debe existir un procedemento contradictorio que remate cunha resolución motivada.

Sétimo.- O informe órgano de contratación expresa:

“...unha vez apreciada que a oferta presentada por J.A.T.M. atópase inicialmente incurso en presunción de anormalidade con data 21/08/2018 se lle require para que poida xustificar a súa oferta.

Recibida a documentación xustificativa, mediante o correspondente informe de data 10/09/2018 indícase que o licitador presenta en prazo escrito no que non desglosa razoadamente os prezos e o canon ofertado en función da duración do contrato, achegando unha listaxe de prezos do curso anterior co fin de acreditar que a subida dos prezos ofertados nesta licitación xustifica o canon ofertado, que en ningún caso queda acreditado, polo que, informase desfavorablemente a xustificación presentada polo licitador.



A mesa de contratación mediante acta do 11/09/2018 procede a analizar a documentación xustificativa presentada polos licitadores, así como os como o informe técnico solicitado pola mesa ao abeiro do artigo 149 da lei 9/2017 de CSP e decide asumir o citado informe por considerar que analiza os argumentos e documentos achegados polos licitadores e explica as razóns polas que considera ou non a viabilidade das ofertas presentadas. Así en base ao anexo I da citada acta propónse rexeitar a xustificación presentada por J.A.T.M. e propónse a adxudicación do sublote 16 do lote 3 CIFP A Farixa a Mixto Restauración, SL.

Con data 13/09/2018 procedeuse a notificar a través da plataforma de notificación electrónica Notifica.gal a adxudicación do sublote 16 CIFP A Farixa do lote 3 a Mixtio Restauración, SL, así como ao licitador non adxudicatario e recorrente J.A.T.M.. O mesmo día 13/09/2018 procedeuse a publicación do acordo de adxudicación no Perfil do contratante.

Neste sublote 16 participaron o licitador adxudicatario da concesión do servizo de cafetería Mixtio Restauración, SL e o licitador recorrente J.A.T.M. No expediente non constan documentos declarados confidencias polos licitadores.

Segundo consta na correspondente acta este sublote non foi afectado por exclusión algunha, polo que non se procedeu a realizar ningún acordo de exclusión.

A vista de todo o anterior, o órgano de contratación procedeu a adxudicación do sublote 16 do lote 3, unha vez que a mesa realizou a correspondente valoración das ofertas recibidas, con absoluta subsección aos pregos que rexen nesta licitación polo que ao xuízo deste órgano de contratación, as alegacións da recorrente carecen de fundamento xurídico.”

Oitavo.- Antes de entrar a decidir sobre a cuestión formulada, debemos facer unha pequena escolma do que resulta do expediente verbo da oferta do recorrente, aos efectos que nos ocupan.

Na sesión da mesa de contratación de 21.08.2018 considérase que a oferta de J.A.T.M. é unha oferta anormalmente baixa.



A estes efectos, o PCAP recollía no apartado 11:

“2) Lista de prezos de artigos de consumo da cafetería, que melloren os previstos no anexo IV do PCAP: valorarase ata un máximo de 20 puntos. Outorgarase 0,5 puntos por cada artigo da lista de produtos de abrigado subministro cuxo prezo sexa inferior en 5 céntimos ou máis (sempre considerando múltiplos de 5 céntimos) ao prezo máximo fixado polo Órgano de contratación ata un máximo de 20 puntos

Consideraranse ofertas anormalmente baixas as que se superen en 1 O unidades ou máis na relación calidade-prezo da oferta, sumados os parámetros correspondentes a mellara do importe do canon e á rebaixa do prezo dos produtos do anexo 111. A súa declaración requirirá a previa solicitude de información a todos os/as licitadores/as supostamente comprendidos na baixa desproporcionada ou temeraria, e o asesoramento técnico do servizo correspondente.

Se se admitiran unha ou varias ofertas con carácter desproporcionado, a que presenten a oferta mais vantaxosa obterá 50 puntos. O resto das ofertas válidas puntuaranse de acordo coa antedita fórmula, considerando como "oferta máis alta" á que sexa a máis vantaxosa das admitidas.”

En base a aquela consideración a secretaria da mesa de contratación, en data 21.08.2018 require a J.A.T.M. que xustifique o nivel dos prezos, dos custes ou calquera outro parámetro que inflúa no canon e/ou nos prezos da listaxe ofrecida. O 24.08.2018 contesta tal requirimento.

O 10.09.2018 a xefa de servizo de recursos educativos complementarios avalía estas alegacións e conclúe:

“3.- J.A.T.M. Presenta proposición económica á licitación do SUBLOTE 16-CIFP A FARIXA de Ourense. O licitador achega en prazo, escrito no que non desglosa razoadamente os prezos e o canon ofertados en función da duración do contrato, achegando unha listaxe de prezos do curso escolar anterior co fin de acreditar que a subida dos prezos ofertados nesta licitación xustifica o canon ofertado, que en ningún caso queda acreditado, polo que, INFORMASE DESFAVORABLEMENTE a xustificación presentada polo licitador.”

O 11.09.2018 a mesa de contratación expresa sobre o trámite de baixas anormais:



“ 1.En primeiro lugar, a secretaria da conta aos restantes membros da Mesa, de que se procederá a analizar polos membros da Mesa a documentación xustificativa presentada polos licitadores que se relacionan, así como o informe Técnico solicitado pola Mesa áo abeiro do artigo 149 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do Sector Público.

- SUBLOTE 6 -IES DE MACEDA-P.Q., C.

- SUBLOTE 8 -IES LAURO OLMO -O BARCO -V., L..

- SUBLOTE 11 -IES A CARBALLEIRA-MARCOS VALCÁRCEL -OURENSE -B.L., F.

- SUBLOTE 16 -CIFP A FARIXA -OURENSE -T.M., J.A.

2.A Mesa de contratación decide asumir o dito informe por considerar que analiza os argumentos e documentos achegados polos licitadores e explica as razóns polas que considera ou non a viabilidade das ofertas presentadas.

En consecuencia, a Mesa decide adoptar os acordos, respecto dos sublotos anteriores, que se reflicten no cadro anexo 1, propoñendo ao órgano de contratación a adxudicación dos sublotos que proceda.”

Polo tanto, ate este momento o que aparece é que o informe técnico considera non aceptables as explicacións dadas polo licitador, e a ulterior asunción dese informe pola mesa.

O seguinte que consta no expediente remitido é a resolución de adxudicación do órgano de contratación a favor de MIXTO RESTAURACIÓN S.L, do 13.09.2018, que non contén ningunha referencia a unha decisión sobre a exclusión da oferta de J.A.T.M. por baixa anormal.

Neste punto é entón de interese reproducir o que recolle o artigo 149 LCSP, no referido ao procedemento a aplicar as baixas con presunción de anormalidade:

“Artigo 149. Ofertas anormalmente baixas.

1. Nos casos en que o órgano de contratación presuma que unha oferta resulta inviable por ser formulada en termos que a fan anormalmente baixa, só a poderá



excluir do procedemento de licitación logo de tramitar o procedemento que establece este artigo.

(...)

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

A petición de información que a mesa de contratación ou, na súa falta, o órgano de contratación dirixa ao licitador deberase formular con claridade, de maneira que estes estean en condicións de xustificar, plena e oportunamente, a viabilidade da oferta.

(...)

No procedemento deberase solicitar o asesoramento técnico do servizo correspondente.

(...)

6. A mesa de contratación ou, na súa falta, o órgano de contratación avaliará toda a información e documentación proporcionada polo licitador en prazo e, no caso de que se trate da mesa de contratación, elevará de forma motivada a correspondente proposta de aceptación ou rexeitamento ao órgano de contratación. En ningún caso se acordará a aceptación dunha oferta sen que a proposta da mesa de contratación neste sentido estea debidamente motivada.

Se o órgano de contratación, tendo en conta a xustificación efectuada polo licitador e os informes mencionados no número catro, considera que a información solicitada non explica satisfactoriamente o baixo nivel dos prezos ou custos propostos polo licitador e que, por tanto, a oferta non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais, excluíraa da clasificación e acordará a adxudicación a favor da mellor oferta, de acordo coa orde en que fosen clasificadas conforme o sinalado no número 1 do artigo 150. En xeral, rexeitaranse as ofertas incursas en presunción de anormalidade se están baseadas en hipóteses ou prácticas inadecuadas desde unha perspectiva técnica, económica ou xurídica.”

Como vemos desta reprodución, o artigo esixe no caso de oferta anormalmente baixas que se desenvolva, necesariamente, un procedemento, con mención explícita a que de considerarse, tras estes trámites, que procede a exclusión debe existir unha decisión motivada do órgano de contratación. A mesa de contratación pode propoñer, pero a decisión de exclusión debe ser do órgano de contratación.

Aquí todo indica que houbo unha exclusión de facto da oferta da recorrente por baixa, seguindo o criterio do informe técnico logo acollido pola mesa de contratación, pero sen que houbera unha decisión expresa nese sentido do órgano de contratación, e por ende, menos aínda unha resolución motivada dese competente para decretalo.

Neste punto, non é de doada comprensión a consideración do informe de contratación que *“Segundo consta na correspondente acta este subloite non foi afectado por exclusión algunha, polo que non se procedeu a realizar ningún acordo de exclusión”*, cando todo apunta a que nesta adxudicación se operou con esa exclusión e, de feito, o que aparece sobre este subloite 16 no Anexo á acta da mesa de contratación de 11.09.2018 é: *“T.M., J.A. BAIXA ANORMAL. EXCLUIDO DA LICITACIÓN”*. Tampouco hai referencias documentais no expediente de que se avaliara e puntuara a oferta do recorrente, por exemplo. Por outra banda, oportuno é traer que de acollerse as explicacións do licitador, o artigo 149.6 LCSP esixe que a *“mesa de contratación, elevará de forma motivada a correspondente proposta de aceptación ...ao órgano de contratación. En ningún caso se acordará a aceptación dunha oferta sen que a proposta da mesa de contratación neste sentido estea debidamente motivada”*.

Realmente o que nos aparece do expediente é que estamos perante unha exclusión por oferta anormalmente baixa sen decisión formalmente adoptada ao respecto polo órgano competente para facelo, o órgano de contratación, decisión que, como é lóxico, debe estar motivada e ser obxecto de notificación con expresión dos recursos, sexa de forma autónoma ou sexa integrando tal acordo no de adxudicación, polo que a súa falta ten efectos invalidantes coa retroacción que procede.

Efectivamente, ten afectación aos dereitos do licitador cuxa oferta foi sometida ao procedemento do artigo 149 LCSP, non obter unha decisión do órgano competente que a resolva expresamente e que o faga de forma motivada a efectos dos seus dereitos de defensa.

O caso que se nos presenta así ten paralelismos co analizado e resolto na Resolución TACGal 57/2018 – se ben alí referenciado no TRLCSP-, a cuxas explicacións nos remitimos:

“Lembremos que artigo 152 TRLCSP menciona que debe haber unha decisión de exclusión como tal (sexa autónoma, sexa inserto na resolución de adxudicación), e quen debe adoptala:

(...)

Observamos entón como, se ben debe haber un asesoramento técnico, a decisión de exclusión é do órgano de contratación, e así debe expresalo tal órgano. Na Resolución TACGal 13/2018 describíase :

“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. Evidentemente nin as alegacións mencionadas nin os informes teñen carácter vinculante para o órgano de contratación, que debe valorar adecuadamente ambos e adoptar a súa decisión con base neles”

A estes efectos, a mesa pode propoñer, pero a a decisión de exclusión é do órgano de contratación, como reitera o artigo 22.1.f) do Real Decreto 817/2009:

(...)

Este TACGal admite que a motivación desa decisión da exclusión poida ser “in aliunde”, por remisión a este informe técnico, pero sen que isto implique equiparalo a unha ausencia de decisión exteriorizada polo competente. Por todas, Resolución TACGal 14/2018:

“O mesmo sucede coa resolución que finalmente decreta a exclusión. Se ben podía ser máis desenvolta no seu contido, é admitido por Tribunais de recursos contractuais, como o TARCA, na Resolución citada, a TARCA na Resolución 187/2018 ou o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón no Acordo 99/2017– todas moi recentes, como vemos-, por citar algunha, a posibilidade dunha motivación “in aliunde”, por remisión a un informe técnico que se cita e foi remitido ao recorrente (aquí por correo electrónico o

20.4.2018), polo que non hai, en definitiva, indefensión causante de invalidez.”

Unha vez detectada a ausencia dunha decisión expresa de exclusión do órgano de contratación, hai que significar que esta irregularidade non pode actuar como óbice da procedibilidade da acción do recorrente, pois de facto foi excluído realmente, senón como defecto da tramitación habida e da súa motivación, pois se podería concluír que o centro decisorio foi entón o informe técnico en si, transcendendo entón do seu papel de asesoramento.

(...)

Efectivamente, non pode perderse cal é a perspectiva a examinar nunha oferta con presunción de anormalidade, a cal é, dito dunha forma moi somera, analizar se esa baixa denota que a mesma non será viable, no marco do que se recolle no TRLCSP. Este texto legal, recolle no artigo 152 que a exclusión, de estimarse, debe ser porque “la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”, polo que a motivación para a exclusión debe pivotar sobre esta dimensión. Isto é, debe analizarse se existen elementos que permiten establecer que a proposición non pode ser cumprida ao abeiro do que denota esa baixa, e que, polo tanto, non se debería facer a adxudicación a quen a presentou.

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

“Por outro lado, aquí estamos en presenza da impugnación dunha decisión de, precisamente, non excluír a un licitador, isto é, dunha decisión que vai na dirección cara a concorrência a efectos de que poida ser adxudicatario quen presenta a mellor opción para os intereses públicos. Evidentemente, isto só se pode facer con quen cumpra coas condicións da licitación e presente unha oferta economicamente viable, pero a motivación ha de ser reforzada naqueles casos onde a decisión da un resultado restritivo desa concorrência, como sucede cando a conclusión é a exclusión ou non admisión (por todas tamén, Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, TACRC, 332/2017)”

(...)



Neste sentido lembrar que o trámite aberto foi o previsto para coas baixas con presunción de anormalidade ou desproporción, polo que sobre tal institución é sobre o que debe versar á análise, cunha motivación suficiente e con conclusións para co que o TRLCSP esixe determinar. Ulteriormente debe existir unha decisión final do órgano de contratación. Lembramos que este non está vinculado polo que eses informes recolleran, de aí a necesidade de que exista tal decisión formal e materialmente, coa súa motivación, sexa pola vía “in aliunde”, no caso de estar de acordo con aquel informe técnico, facendo entón que ese informe técnico chegue ao afectado, todo isto completado coa información dos recursos que caiban.”

Polo tanto, debemos anular a resolución de adxudicación, debendo procederse á retroacción deste procedemento de adxudicación ao momento que sexa procedente para que se culmine por quen resulta competente o procedemento do artigo 149 LCSP aberto verbo da oferta J.A.T.M. , en base ao expresado nesta Resolución.

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 don J.A.T.M. contra a resolución de adxudicación do sublote 16 do lote 3 do contrato de concesión de servizos de 255 cafeterías escolares da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria durante o curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019, en base ao recollido no último dos fundamentos xurídicos.

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 del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de

conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.