

**Recurso nº 99/2018****Resolución nº 96/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.A.T.M. contra la resolución de adjudicación del sublote 16 del lote 3 del contrato de concesión de servicios de 255 cafeterías escolares de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria durante el curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria se convocó la licitación del contrato y concesión de servicios de 255 cafeterías escolares durante el curso 2018/2019, con un valor estimado declarado de 3.720.000,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOGA y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el día 17.07.2018.

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

**Tercero.-** El recurrente impugna el acuerdo de adjudicación, notificado el 13.09.2018 al recurrente, por cuanto se dictó sin que se resolviera el procedimiento que se le abrió por ser su oferta anormalmente baja.

**Cuarto.-** En fecha 03.10.2018 J.A.T.M. interpuso recurso especial en materia de contratación, mediante escrito presentado ante el órgano de contratación, con entrada en el TACGal el 05.10.2018.

En este punto es de interés significar que la información sobre el recurso especial que consta en la notificación del acuerdo impugnado no es completa, al recoger únicamente que el mismo se podía interponer ante el mismo órgano que lo dictó, limitando las opciones recogidas en el artículo 51.3 LCSP. A estos efectos, destacamos la importancia de la referencia a la posible presentación directamente ante este Tribunal (para lo cual están habilitados enlaces de presentación electrónica en <https://tacgal.xunta.gal/procedimientos.html>), lo cual también debe ser trasladado en esa información de impugnación que se suministra.

**Quinto.-** El 05.10.2018 se solicitó a la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), que se recibió el 15.10.2018.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 16.10.2018, sin que se recibieran alegaciones.

**Séptimo.-** El 10.10.2018 este Tribunal acordó mantener la suspensión automática del procedimiento de licitación del artículo 53 LCSP.

## 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.-** El presente recurso se tramitó conforme a 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.-** El recurrente fue licitador en el procedimiento de contratación, impugnando la adjudicación, en este caso recaída en el que era el otro partícipe en este procedimiento, por lo que su legitimación es incuestionable.

**Cuarto.-** El acuerdo impugnado fue notificado el día 13.09.2018, estando el recurso dentro del plazo legalmente fijado en el artículo 51 LCSP.

**Quinto.-** Al tratarse de la impugnación del acuerdo de adjudicación de una licitación de concesión de servicios con un valor estimado superior a 3.000.000 euros, el recurso es admisible.

**Sexto.-** El recurrente expresa que se le abrió trámite de alegaciones por estar su oferta en presunción de anormalidad o desproporción, que este presentó sus alegaciones y que lo siguiente que recibe es la resolución de adjudicación a favor de otro licitador, sin decisión sobre aquello.

Recoge que ante una oferta con presunción de anormalidad no cabe una exclusión automática, sino que debe existir un procedimiento contradictorio que finalice con una resolución motivada.

**Séptimo.-** El informe del órgano de contratación expresa:

*“...una vez apreciada que la oferta presentada por J.A.T.M. se encuentra inicialmente incurso en presunción de anormalidad con fecha 21/08/2018 se le requiere para que pueda justificar su oferta.*

*Recibida la documentación justificativa, mediante el correspondiente informe de fecha 10/09/2018 se indica que el licitador presenta en plazo escrito en el que no desglosa razonadamente los precios y el canon ofertado en función de la duración del contrato, presentando un listado de precios del curso anterior con el fin de acreditar que la subida de los precios ofertados en esta licitación justifica el canon ofertado, que en ningún caso queda acreditado, por lo que, se informa desfavorablemente la justificación presentada por el licitador.*

*La mesa de contratación mediante acta del 11/09/2018 procede a analizar la documentación justificativa presentada por los licitadores, así como el informe técnico solicitado por la mesa al amparo del artículo 149 de la ley 9/2017 de CSP y decide asumir el citado informe por considerar que analiza los argumentos y documentos presentados por los licitadores y explica las razones por las que*

*considera o no la viabilidad de las ofertas presentadas. Así en base al anexo I de la citada acta se propone rechazar la justificación presentada por J.A.T.M. y se propone la adjudicación del sublote 16 del lote 3 CIFP A Farixa a Mixtio Restauración, S.L.*

*Con fecha 13/09/2018 se procedió a notificar a través de la plataforma de notificación electrónica Notifica.gal la adjudicación del sublote 16 CIFP A Farixa del lote 3 a Mixtio Restauración, S.L, así como al licitador no adjudicatario y recurrente J.A.T.M.. El mismo día 13/09/2018 se procedió a la publicación del acuerdo de adjudicación en el Perfil del contratante.*

*En este sublote 16 participaron el licitador adjudicatario de la concesión del servicio de cafetería Mixtio Restauración, S.L y el licitador recurrente J.A.T.M. En el expediente no constan documentos declarados confidenciales por los licitadores.*

*Segundo consta en el correspondiente acta este sublote no fue afectado por exclusión alguna, por lo que no se procedió a realizar ningún acuerdo de exclusión.*

*A la vista de todo el anterior, el órgano de contratación procedió a la adjudicación del sublote 16 del lote 3, una vez que la mesa realizó la correspondiente valoración de las ofertas recibidas, con absoluta sujeción a los pliegos que rigen en esta licitación por lo que a juicio de este órgano de contratación, las alegaciones de la recurrente carecen de fundamento jurídico.”*

**Octavo.-** Antes de entrar a decidir sobre la cuestión formulada, debemos hacer un pequeño resumen a de lo que resulta del expediente respecto de la oferta del recurrente, a los efectos que nos ocupan.

En la sesión de la mesa de contratación de 21.08.2018 se considera que la oferta de J.A.T.M. es una oferta anormalmente baja.

A estos efectos, el PCAP recogía en el apartado 11:

*“2) Lista de precios de artículos de consumo de la cafetería, que mejoren los previstos en el anexo IV del PCAP: se valorará hasta un máximo de 20 puntos. Se otorgará 0,5 puntos por cada artículo de la lista de productos de obligado suministro cuyo precio sea inferior en 5 céntimos o más (siempre considerando*

*múltiplos de 5 céntimos) al precio máximo fijado por el Órgano de contratación hasta un máximo de 20 puntos*

*Se considerarán ofertas anormalmente bajas las que se superen en 10 unidades o más en la relación calidad-precio de la oferta, sumados los parámetros correspondientes a la mejora del importe del canon y a la rebaja del precio de los productos del anexo 111. Su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los/las licitadores/as supuestamente comprendidos en la baja desproporcionada o temeraria, y el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.*

*Si se admitieran una o varias ofertas con carácter desproporcionado, la que presente la oferta mas ventajosa obtendrá 50 puntos. El resto de las ofertas válidas se puntuarán de acuerdo con la fórmula referida, considerando como "oferta más alta" a la que sea la más ventajosa de las admitidas."*

En base la aquella consideración la secretaria de la mesa de contratación, en fecha 21.08.2018 requiere la J.A.T.M. que justifique el nivel de los precios, de los costes o cualquier otro parámetro que influya en el canon y/o en los precios del listado ofrecido. El 24.08.2018 contesta tal requerimiento.

El 10.09.2018 la jefa de servicio de recursos educativos complementarios evalúa estas alegaciones y concluye:

*"3.- J.A.T.M. Presenta proposición económica a la licitación del SUBLOTE 16-CIFP A FARIXA de Ourense. El licitador aporta en plazo, escrito en el que no desglosa razonadamente los precios y el canon ofertados en función de la duración del contrato, presentando un listado de precios del curso escolar anterior con el fin de acreditar que la subida de los precios ofertados en esta licitación justifica el canon ofertado, que en ningún caso queda acreditado, por lo que, SE INFORMA DESFAVORABLEMENTE la justificación presentada por el licitador."*

El 11.09.2018 la mesa de contratación expresa sobre el trámite de bajas anormales:

*" 1.En primer lugar, la secretaria da cuenta a los restantes miembros de la Mesa, de que se procederá a analizar por los miembros de la Mesa la documentación justificativa presentada por los licitadores que se relacionan, así como el informe Técnico solicitado por la Mesa al amparo del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del 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.La Mesa de contratación decide asumir dicho informe por considerar que analiza los argumentos y documentos presentados por los licitadores y explica las razones por las que considera o no la viabilidad de las ofertas presentadas.*

*En consecuencia, la Mesa decide adoptar los acuerdos, respeto de los sublotos anteriores, que se reflejan en el cuadro anexo 1, proponiendo al órgano de contratación a adjudicación de los sublotos que proceda.”*

Por lo tanto, hasta este momento lo que aparece es que el informe técnico considera no aceptables las explicaciones dadas por el licitador, y la ulterior asunción de ese informe por la mesa.

Lo siguiente que consta en el expediente remitido es la resolución de adjudicación del órgano de contratación a favor de MIXTIO RESTAURACIÓN S.L, del 13.09.2018, que no contiene ninguna referencia a una decisión sobre la exclusión de la oferta de J.A.T.M. por baja anormal.

En este punto es entonces de interés reproducir lo que recoge el artículo 149 LCSP, en lo referido al procedimiento a aplicar las bajas con presunción de anomalía:

*“Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas.*

*1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por ser formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo la podrá excluir del procedimiento de licitación después de tramitar el procedimiento que establece este artículo.*

(...)

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

*La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador se deberá formular con claridad, de manera que estos estén en condiciones de justificar, plena y oportunamente, la viabilidad de la oferta.*

(...)

*En el procedimiento se deberá solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.*

(...)

*6. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.*

*Si el órgano de contratación, habida cuenta la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el número cuatro, considera que la información solicitada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que fueran clasificadas conforme lo señalado en el número 1 del artículo 150. En general, se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.”*

Como vemos de esta reproducción, el artículo exige en el caso de oferta anormalmente bajas que se desarrolle, necesariamente, un procedimiento, con mención explícita a que de considerarse, tras estos trámites, que procede la exclusión



debe existir una decisión motivada del órgano de contratación. La mesa de contratación puede proponer, pero la decisión de exclusión debe ser del órgano de contratación.

Aquí todo indica que hubo una exclusión de facto de la oferta de la recurrente por baja, siguiendo el criterio del informe técnico luego acogido por la mesa de contratación, pero sin que hubiera una decisión expresa en ese sentido del órgano de contratación, y por ende, menos aún una resolución motivada de ese competente para decretarlo.

En este punto, no es de fácil comprensión la consideración del informe de contratación que *“Según consta en la correspondiente acta este subbote no fue afectado por exclusión alguna, por lo que no se procedió a realizar ningún acuerdo de exclusión”*, cuando todo apunta a que en esta adjudicación se operó con esa exclusión y, de hecho, lo que aparece sobre este subbote 16 en el Anexo al acta de la mesa de contratación de 11.09.2018 es: *“T.M., J.A. BAJA ANORMAL. EXCLUIDO DE LA LICITACIÓN”*. Tampoco hay referencias documentales en el expediente de que se evaluara y puntuara la oferta del recurrente, por ejemplo. Por otra parte, oportuno es traer que de acogerse las explicaciones del licitador, el artículo 149.6 LCSP exige que la *“mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación ...al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada”*.

Realmente lo que nos aparece del expediente es que estamos ante una exclusión por oferta anormalmente baja sin decisión formalmente adoptada al respecto por el órgano competente para hacerlo, el órgano de contratación, decisión que, como es lógico, debe estar motivada y ser objeto de notificación con expresión de los recursos, sea de forma autónoma o sea integrando tal acuerdo en el de adjudicación, por lo que su falta tiene efectos invalidantes con la retroacción que procede.

Efectivamente, tiene afectación a los derechos del licitador cuya oferta fue sometida al procedimiento del artículo 149 LCSP, no obtener una decisión del órgano competente que la resuelva expresamente y que lo haga de forma motivada a efectos de sus derechos de defensa.



El caso que se nos presenta así tiene paralelismos con el analizado y resuelto en la Resolución TACGal 57/2018 – si bien allí referenciado en el TRLCSP-, a cuyas explicaciones nos remitimos:

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

(...)

*Observamos entonces como, si bien debe haber un asesoramiento técnico, la decisión 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 decisión de exclusión es del órgano de contratación, como reitera el artículo 22.1.f) del Real Decreto 817/2009:*

(...)

*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 equipararlo 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 lo procedente 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.*

(...)

*Efectivamente, no puede perderse cual 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 mayores, 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 la 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 da 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)”*

(...)

*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 el 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 recogían, 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.”*

Por lo tanto, debemos anular la resolución de adjudicación, debiendo procederse a la retroacción de este procedimiento de adjudicación al punto que sea procedente para que se culmine por quien resulta competente el procedimiento del artículo 149 LCSP abierto respecto de la oferta J.A.T.M., en base a lo expresado en esta Resolución.

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

1. **Estimar** el recurso interpuesto por J.A.T.M. contra la resolución de adjudicación del sublote 16 del lote 3 del contrato de concesión de servicios de 255 cafeterías escolares de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria durante el curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019, en base a lo recogido en el último de los fundamentos jurídicos.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a 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.