

Recurso nº 96/2019**Resolución nº 99/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 2 de maio de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por VIDA LÁCTEA, S.L.U. contra a exclusión da súa oferta para os lotes 7, 8, 9 e 10 da contratación, pola Consellería de Política Social, dun servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2019, expediente 107/2018, 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 Política Social, dun servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2019, expediente 107/2018, cun valor estimado declarado de 1.038.531,79 euros.

Segundo.- O 12.04.2019 VIDA LÁCTEA, S.L.U. interpuxo recurso especial en materia de contratación contra o acordo de exclusión da súa oferta, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal.

Terceiro.- Con data 12.04.2019 reclamouse á Consellería de Política Social o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 22.04.2019.

Cuarto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 23.04.2019, sen que se recibiran alegacións.

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.- Sendo o recorrente aquel cuxa proposición foi excluída, ten a lexitimación do artigo 48 LCSP.

Cuarto.- Sendo o acordo de exclusión notificado o día 26.03.2019, o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Estamos perante a impugnación dun acordo de exclusión nun contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, polo que o recurso é admisible.

Sexto.- O acordo impugnado é o da exclusión da oferta de VIDA LACTEA S.L.U para os lotes 7, 8, 9 e 10.

No apartado H.2. da Folla de Especificacións do PCAP, recollíase:

“PARÁMETROS OBXECTIVOS PARA APRECIAR VALORES
ANORMALMENTE BAIXOS

Para a determinación das ofertas incursas en presunción de anormalidade utilizaranse os criterios e o procedemento que se establecen a continuación.

Consideraranse, en principio, anormalmente baixas as ofertas que se encontren nalgún dos seguintes supostos:

1.- Cando o importe consignado na oferta económica correspondente a gastos de persoal do equipo mínimo exixido no apartado 2.1 do PPT sexa inferior en máis dun 6% á cantidade establecida en concepto de gastos de persoal na cláusula D desta folia de especificacións.

2.- Cando o importe total ofertado:

2.1.- Concorrendo un só licitador, sexa inferior ao orzamento base de licitación en máis de 25 unidades porcentuais.

2.2.- Concorrendo dous licitadores, sexa inferior en máis de 20 unidades porcentuais á outra oferta.

2.3.- Concorrendo tres licitadores, sexa inferior en máis de 15 unidades porcentuais á media aritmética das ofertas presentadas. Non obstante, excluírase para o cómputo da devandita media a oferta de contía máis elevada cando sexa superior en máis de 10 unidades porcentuais á devandita media. En calquera caso, considerarase desproporcionada a baixa superior a 25 unidades porcentuais respecto do orzamento base de licitación.

2.4.- Concorrendo catro ou máis licitadores, sexa inferior en máis de 15 unidades porcentuais á media aritmética das ofertas presentadas. Non obstante, se entre elas existen ofertas que sexan superiores á devandita media en máis de 10 unidades porcentuais, procederase ao cálculo dunha nova media só coas ofertas que non se encontren no suposto indicado. En todo caso, se o número das restantes ofertas é inferior a tres, a nova media calcularase sobre as tres ofertas de menor contía.

Para a valoración das ofertas como anormalmente baixas, a mesa de contratación poderá considerar a relación entre a solvencia da empresa e a oferta presentada.

O segundo criterio de valoración (recursos humanos: monitores permanentes) non se ten en conta para os efectos de considerar unha oferta como anormalmente baixa.

Cando se identifique unha proposición que poida ser considerada anormalmente baixa, deberá requirirse ao licitador que a presentou para que

xustifique e desglose razoada e detalladamente o baixo nivel dos prezos ou dos custos mediante a presentación daquela información e documentos que resulten pertinentes para estes efectos.

Concretamente deberá xustificar o aforro que permita a prestación dos servizos, as solucións técnicas adoptadas e as condicións excepcionalmente favorables de que dispoña para executar a prestación, a innovación e orixinalidade das solucións propostas para prestar os servizos, o respecto das obrigas que resulten aplicables en materia social ou laboral, ou a posible obtención dunha axuda do estado, de acordo co establecido no artigo 149.4 da LCSP.

O órgano de contratación rexeitará en todo caso as ofertas cando comprobe que son anormalmente baixas por vulnerar a normativa sobre subcontratación ou non cumprir as obrigas aplicables en materia ambiental, social ou laboral, nacional ou internacional, incluíndo o incumprimento dos convenios colectivos sectoriais vixentes.”

O 07.02.2019 procedeuse pola mesa de contratación en acto público á apertura dos sobres B das empresas licitadoras e á lectura das ofertas económicas e de recursos humanos. Na mesma, a mesa considera que tres licitadoras incorren na presunción de anormalidade prevista no criterio 1 da cláusula D da folia de especificacións do prego (Gastos de persoal do equipo mínimo esixido inferior en máis dun 6% á cantidade establecida en concepto de gastos de persoal na dita folia de especificacións). Entre estas estaba VIDA LACTEA S.L.U nos lotes 7, 8, 9 e 10.

En consecuencia, na sesión celebrada pola mesa de contratación o 14 de febreiro, acordouse requirir ás citadas licitadoras xustificación razoada e detallada do baixo nivel dos custos de persoal incluídos nos desgloses das súas ofertas para os lotes especificados. Na mesma data tómase a decisión de facer uso da facultade establecida no artigo 326.5 in fine da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público e solicitar, previa autorización do órgano de contratación, o asesoramento de técnicos/as ou expertos/as independentes con coñecementos acreditados nas materias relacionadas co obxecto do contrato e, nomeadamente, con coñecementos acreditados en materia laboral para que informen sobre a viabilidade das ofertas presentadas á licitación e o cumprimento dos requisitos establecidos nos pregos no relativo ao respecto das obrigas que resulten aplicables en materia laboral, incluíndo o cumprimento do convenio colectivo sectorial vixente.

Con data 15.02.2019 remítese o requirimento acordado ás tres licitadoras incursas en valores anormais segundo os criterios do prego. As tres licitadoras remitiron en prazo escritos dando resposta aos requirimentos.

O 14.03.2019, tras a recepción do informe técnico da empresa asesora, a mesa de contratación acepta a seguinte conclusión:

“VIDA LÁCTEA, S.L.U.

LOTES 7, 8, 9, 10

Para todos os lotes citados, a suma total dos gastos de persoal presentados pola empresa é inferior ao calculado respectando a normativa laboral vixente, polo que a viabilidade técnica da oferta non se garante. O total dos custes laborais presentados pola empresa fan que a oferta non poida cumprir o convenio coas táboas 2016.”

Finalmente por resolución do 18.03.2018, acórdase:

“O rexeitamento das ofertas e a exclusión da empresa VIDA LÁCTEA, SLU para os lotes 7, 8, 9 e 10.

Engádese a esta resolución, como parte e fundamentación da mesma, texto do informe técnico elaborado a petición da mesa de contratación sobre a viabilidade das ofertas de Vida Láctea SLU para os lotes 7, 8, 9 e 10.”

Contra esta resolución preséntase este recurso coas consideración ás que se aludirán ao estudar o fondo do asunto.

Sétimo.- Este Tribunal xa se ten pronunciado en numerosas ocasións sobre a problemática das baixas desproporcionadas. Na Resolución TACGal 14/2018 dimos conta da doutrina consolidada existente ao respecto, con referencias, entre outras, a que:

“ - O artigo 152 do TRLCSP habilita para que os pregos poidan establecer límites que permitan apreciar, no seu caso, que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados. A superación de tales límites non permite excluír de maneira automática a proposición, dado que é precisa a audiencia do licitador a fin de que este poida xustificar que, non obstante os valores da súa proposición, si pode cumprir o contrato. Desta maneira, a

superación dos límites fixados no prego configúrase como presunción de temeridade que debe destruírse polo licitador, correspondéndolle só a el a xustificación da súa proposición (Resolución 142/2013, do 10 de abril, con cita da 121/2013, do 23 de maio, ambas do TACRC).

- A apreciación de que a oferta ten valores anormais ou desproporcionados non é un fin en si mesmo, senón un indicio para establecer que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia diso. De acordo con iso, a apreciación de se é posible o cumprimento da proposición ou non debe ser consecuencia dunha valoración dos diferentes elementos que concorren na oferta e das características da propia empresa licitadora, sen que sexa posible a súa aplicación automática (Resolución 240/2012 do TACRC).

- 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 (Resolucións 24/2011, do 9 de febreiro, 72/2012, do 21 de marzo, ou 121/2012, do 23 de maio).

- Na Resolución 142/2013 do TACRC indícase que aínda admitindo que a forma normal de actuar no mundo empresarial non é facelo presumindo que se sufrirán perdas como consecuencia dunha determinada operación, situación esta que só se produciría se aceptamos os cálculos de custos da recorrente, é claro tamén que entre as motivacións do empresario para emprender un determinado negocio non só se contemplan as específicas dese negocio concreto, senón que é razoable admitir que para establecer o resultado de cada contrato, fágase unha avaliación conxunta cos restantes negocios celebrados pola empresa e que, analizado desde esta perspectiva, poida apreciarse que produce un resultado favorable (Resolucións 24/2011, xa citada, e 303/2011, do 7 de decembro de 2011, do TACRC)."

Rematabamos indicando que o poder adxudicador goza dunha considerable marxe no procedemento de apreciación da viabilidade dunha oferta, en virtude da súa discrecionalidade técnica.

Debemos comezar sinalando xa que neste expediente deuse cumprimento aos trámites legais esixidos polo artigo 149 LCSP, existindo por parte do órgano de contratación unha análise fundamentada e profunda da xustificación da oferta presentada polo licitador, sendo isto un primeiro cumprimento da análise que lle

corresponde a este Tribunal, así como tamén a inexistencia de erro ou arbitrariedade na súa actuación.

Sinala así o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa recente Resolución 202/2019:

“De lo expuesto resulta por tanto que, por parte de ADIF, se cumplimentó el trámite del artículo 149 de la LCSP, previsto para que el órgano de contratación pueda, tras las alegaciones formuladas por el licitador cuya oferta está incurso en temeridad, comprobar, o no, si la misma es válida para la ejecución de la prestación objeto del contrato en los términos en los que está establecido en los pliegos.

Acreditado este extremo, no cabe ahora sino que proceder a analizar el carácter fundado o no de la decisión de exclusión, es decir, comprobar si la misma ha sido arbitraria o si por el contrario ha sido dictada dentro del margen de discrecionalidad del que goza el órgano de contratación, ..”

Como mostra do que é unha doutrina uniforme, podemos tamén citar a Resolución 83/2018 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi, cando explica:

“A juicio de este OARC / KEAO, esta conclusión está suficientemente soportada. En materia de apreciación de la anormalidad de una proposición, el poder adjudicador goza de un amplio margen de discrecionalidad cuyos límites son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables y el seguimiento de los principios generales del TRLCSP, especialmente el de igualdad y no discriminación (ver, por todas, la Resolución 62/2016 del OARC / KEAO), límites que en este caso se han respetado.”

Tamén, falando das decisións sobre as ofertas anormalmente baixas, a igualmente recente Resolución 66/2019 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid:

“En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las

formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.”

A maiores disto, se entramos en cuestión máis concretas, o primeiro aspecto salientable é que os pregos da licitación, lei do contrato na que se debe basear esta resolución, establecen un limiar fixo para apreciar a oferta como desproporcionada, ao sinalar que o será a proposta que inclúa un importe consignado na oferta económica correspondente a gastos de persoal do equipo mínimo, inferior en máis dun 6% á cantidade establecida nos pregos en concepto de gastos de persoal.

Polo tanto, resulta que o recorrente no momento de configuración da súa oferta é coñecedor de que a súa proposta excede do limiar establecido nos pregos en máis dun 85% (diferencia entre a súa porcentaxe de redución nos gastos de persoal respecto ao 6% fixado como límite), fundamentando a súa viabilidade ante a mesa e no presente recurso en que os cálculos iniciais efectuados polo órgano de contratación son incorrectos.

Un aspecto relevante da xustificación presentada pola empresa recorrente no trámite concedido ao efecto é que a mesma limitase a expoñer os erros que aprecia nos cálculos do órgano de contratación, sen nese sentido aportar argumentos necesarios para poder estimar a súa oferta concreta como viable. Así, sinala en diversas ocasións que presenta “*exemplos*” desas diferenzas de cálculo e incluso, nos cadros de custos que aporta indica de xeito condicional que “*en caso de ser o mesmo traballador, non será baixa ata o fin da campaña*”

Sen embargo, a xustificación a presentar polo licitador non pode ter como obxectivo unha impugnación dos cálculos iniciais do órgano de contratación, que foron coñecidos xa no momento de presentación das ofertas. A finalidade deste trámite previsto no artigo 149 LCSP é prover de argumentos ao órgano de contratación que lle permitan apreciar a oferta como viable, non sendo obriga da Administración suplir ou interpretar as deficiencias da documentación presentada. Nese sentido, o feito de que nesa xustificación se omitan argumentos expresos sobre a concreta oferta presentada pola licitadora impide a este Tribunal apartarse do criterio técnico exposto polo órgano de contratación.

Por exemplo, sobre o período de descanso semanal a licitadora limitase a defender que o convenio colectivo permite que ese descanso sexa de día e medio, en contra do criterio do órgano de contratación que o fixou en dous días, pero omite calquera referencia a como a aplicación efectiva desa diferenza de criterio permite que

a súa oferta sexa viable, que é o relevante neste momento. Así, o feito de apartarse do criterio establecido sobre o descanso lóxicamente pode ter unha incidencia sobre a xornada laboral dos traballadores e na organización das tarefas do campamento, feitos sobre os que non existe ningunha referencia na documentación aportada.

En definitiva, ao apartarse o licitador da configuración establecida na licitación e cunha baixa nos gastos de persoal superior ao 85%, como vimos, debeu xustificar precisamente e de forma suficiente, non meramente hipotética, que a súa oferta, en base a esas diferenzas e polo prezo ofertado, lle permitía cumprir as condicións establecidas nos pregos da licitación e executar a prestación contractual sen vulnerar a normativa nin o convenio colectivo aplicable. A carga de demostrar a viabilidade da súa oferta corresponde ao licitador, polo que o feito de que tanto a xustificación previamente aportada como o contido do recurso presentado unicamente efectúen unha crítica aos previos cálculos do órgano de contratación determinan que este Tribunal, no eido revisor que lle corresponde, deba respectar o ámbito propio da discrecionalidade técnica que lle corresponde ao dito órgano e desestimar, en consecuencia, o recurso presentado.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por VIDA LÁCTEA, S.L.U. contra a exclusión da súa oferta para os lotes 7, 8, 9 e 10 da contratación, pola Consellería de Política Social, dun servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2019.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

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.