

Recurso nº 96/2019**Resolución nº 99/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por VIDA LÁCTEA, S.L.U. contra la exclusión de su oferta para los lotes 7, 8, 9 y 10 de la contratación, por la Consellería de Política Social, de un servicio de ejecución de la programación de las actividades de educación no formal de la campaña de verano 2019, expediente 107/2018, 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 Política Social se convocó la licitación de un servicio de ejecución de la programación de las actividades de educación no formal de la campaña de verano 2019, expediente 107/2018, con un valor estimado declarado de 1.038.531,79 euros.

Segundo.- El 12.04.2019 VIDA LÁCTEA, S.L.U. interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de su oferta, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces en la web de este Tribunal.

Tercero.- Con fecha 12.04.2019 se reclamó a la Consellería de Política Social 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). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 22.04.2019.

Cuarto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 23.04.2019, sin que se hubieran recibido alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis 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.- Siendo el recurrente aquel cuya proposición fue excluida, tiene la legitimación del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- Siendo el acuerdo de exclusión notificado el día 26.03.2019, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

Quinto.- Estamos ante la impugnación de un acuerdo de exclusión en un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 €, por lo que el recurso es admisible.

Sexto.- El acuerdo impugnado es el de la exclusión de la oferta de VIDA LACTEA S.L.U para los lotes 7, 8, 9 y 10.

En el apartado H.2. de la Hoja de Especificaciones del PCAP, se recogía:

*“PARÁMETROS OBJETIVOS PARA APRECIAR VALORES ANORMALMENTE
BAJOS*

Para la determinación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad se utilizarán los criterios y el procedimiento que se establecen a continuación.

Se considerarán, en principio, anormalmente bajas las ofertas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

1.- Cuando el importe consignado en la oferta económica correspondiente a gastos de personal del equipo mínimo exigido en el apartado 2.1 del PPT sea inferior en más de un 6% a la cantidad establecida en concepto de gastos de personal en la cláusula D de esta hoja de especificaciones.

2.- Cuando el importe total ofertado:

2.1.- Concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2.2.- Concurriendo dos licitadores, sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

2.3.- Concurriendo tres licitadores, sea inferior en más de 15 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales respecto del presupuesto base de licitación.

2.4.- Concurriendo cuatro o más licitadores, sea inferior en más de 15 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

Para la valoración de las ofertas como anormalmente bajas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.

El segundo criterio de valoración (recursos humanos: monitores permanentes) no se tiene en cuenta para los efectos de considerar una oferta como anormalmente baja.

Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada anormalmente baja, deberá requerirse al licitador que la presentó para que justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios o de los costes mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes para estos efectos.

Concretamente deberá justificar el ahorro que permita la prestación de los servicios, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la innovación y originalidad de las soluciones propuestas para prestar los servicios, el respecto de las obligaciones que resulten aplicables en materia social o laboral, o la posible obtención de una ayuda del estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.4 de la LCSP.

El órgano de contratación rechazará en todo caso las ofertas cuando compruebe que son anormalmente bajas por vulnerar la normativa sobre subcontratación o no cumplir las obligaciones aplicables en materia ambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.”

El 07.02.2019 se procedió por la mesa de contratación en acto público a la apertura de los sobres B de las empresas licitadoras y a la lectura de las ofertas económicas y de recursos humanos. En la misma, la mesa considera que tres licitadoras incurren en la presunción de anormalidad prevista en el criterio 1 de la cláusula D de la hoja de especificaciones del pliego (Gastos de personal del equipo mínimo exigido inferior en más de un 6% a la cantidad establecida en concepto de gastos de personal en dicha hoja de especificaciones). Entre estas estaba VIDA LACTEA S.L.U en los lotes 7, 8, 9 y 10.

En consecuencia, en la sesión celebrada por la mesa de contratación el 14 de febrero, se acordó requerir a las citadas licitadoras justificación razonada y detallada del bajo nivel de los costes de personal incluidos en los desgloses de sus ofertas para los lotes especificados. En la misma fecha se toma la decisión de hacer uso de la facultad establecida en el artículo 326.5 in fine de la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de contratos del sector público y solicitar, previa autorización del órgano de contratación, el asesoramiento de técnicos/as o expertos/as independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato y, nombradamente, con conocimientos acreditados en materia laboral para que informen sobre la viabilidad de las ofertas presentadas a la licitación y el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos en lo relativo al respecto de las obligaciones que

resulten aplicables en materia laboral, incluyendo el cumplimiento del convenio colectivo sectorial vigente.

Con fecha 15.02.2019 se remite el requerimiento acordado a las tres licitadoras incursas en valores anormales según los criterios del pliego. Las tres licitadoras remitieron en plazo escritos dando respuesta a los requerimientos.

El 14.03.2019, tras la recepción del informe técnico de la empresa asesora, la mesa de contratación acepta la siguiente conclusión:

“VIDA LÁCTEA, S.L.U.

LOTES 7, 8, 9, 10

Para todos los lotes citados, la suma total de los gastos de personal presentados por la empresa es inferior al calculado respetando la normativa laboral vigente, por lo que la viabilidad técnica de la oferta no se garantiza. El total de los costes laborales presentados por la empresa hacen que la oferta no pueda cumplir el convenio con las tablas 2016.”

Finalmente por resolución del 18.03.2018, se acuerda:

“El rechazo de las ofertas y la exclusión de la empresa VIDA LÁCTEA, SLU para los lotes 7, 8, 9 y 10.

Se añade a esta resolución, como parte y fundamentación de la misma, texto del informe técnico elaborado a petición de la mesa de contratación sobre la viabilidad de las ofertas de Vida Láctea SLU para los lotes 7, 8, 9 y 10.”

Contra esta resolución se presenta este recurso con las consideraciones a las que se aludirán al estudiar el fondo del asunto.

Séptimo.- Este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la problemática de las bajas desproporcionadas. En la Resolución TACGal 14/2018 dimos cuenta de la doctrina consolidada existente al respecto, con referencias, entre otras, a que:

“ - El artículo 152 del TRLCSP habilita para que los pliegos puedan establecer límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. La

superación de tales límites no permite excluir de manera automática la proposición, dado que es precisa la audiencia del licitador a fin de que este pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir el contrato. De esta manera, la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a él la justificación de su proposición (Resolución 142/2013, del 10 de abril, con cita de la 121/2013, del 23 de mayo, ambas del TACRC).

- La apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí mismo, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de eso. De acuerdo con eso, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, sin que sea posible su aplicación automática (Resolución 240/2012 del TACRC).

- 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 (Resoluciones 24/2011, del 9 de febrero, 72/2012, del 21 de marzo, o 121/2012, del 23 de mayo).

- En la Resolución 142/2013 del TACRC se indica que aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación esta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable (Resoluciones 24/2011, ya citada, y 303/2011, del 7 de diciembre de 2011, del TACRC).”

Finalizábamos indicando que el poder adjudicador disfruta de un considerable margen en el procedimiento de apreciación de la viabilidad de una oferta, en virtud de su discrecionalidad técnica.

Debemos comenzar señalando ya que en este expediente se dio cumplimiento a los trámites legales exigidos por el artículo 149 LCSP, existiendo por parte del órgano de contratación un análisis fundamentado y profundo de la justificación de la oferta presentada por el licitador, siendo esto un primer cumplimiento del análisis que le corresponde a este Tribunal, así como también la inexistencia de error o arbitrariedad en su actuación.

Señala así el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su reciente 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 muestra de lo que es una doctrina uniforme, podemos también citar la Resolución 83/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, cuando 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.”

También, hablando de las decisiones sobre las ofertas anormalmente bajas, la igualmente reciente Resolución 66/2019 del 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.”

Además de esto, si entramos en cuestiones más concretas, el primer aspecto destacable es que los pliegos de la licitación, ley del contrato en la que se debe basar esta resolución, establecen un umbral fijo para apreciar la oferta como desproporcionada, al señalar que lo será la propuesta que incluya un importe consignado en la oferta económica correspondiente a gastos de personal del equipo mínimo, inferior en más de un 6% a la cantidad establecida en los pliegos en concepto de gastos de personal.

Por lo tanto, resulta que el recurrente en el momento de configuración de su oferta es conocedor de que su propuesta excede del umbral establecido en los pliegos en más de un 85% (diferencia entre su porcentaje de reducción en los gastos de personal respecto al 6% fijado como límite), fundamentando su viabilidad ante la mesa y en el presente recurso en que los cálculos iniciales efectuados por el órgano de contratación son incorrectos.

Un aspecto relevante de la justificación presentada por la empresa recurrente en el trámite concedido al efecto es que la misma se limita a exponer los errores que aprecia en los cálculos del órgano de contratación, sin en ese sentido aportar argumentos necesarios para poder estimar su oferta concreta como viable. Así, señala en diversas ocasiones que presenta “ejemplos” de esas diferencias de cálculo e incluso, en los cuadros de costes que aporta indica de manera condicional que “*en caso de ser el mismo trabajador, no será baja hasta el fin de la campaña*”

Sin embargo, la justificación a presentar por el licitador no puede tener como objetivo una impugnación de los cálculos iniciales del órgano de contratación, que fueron conocidos ya en el momento de presentación de las ofertas. La finalidad de este trámite previsto en el artículo 149 LCSP es proveer de argumentos al órgano de contratación que le permitan apreciar la oferta como viable, no siendo obligación de la Administración suplir o interpretar las deficiencias de la documentación presentada. En ese sentido, el hecho de que en esa justificación se omitan argumentos expresos sobre la concreta oferta presentada por la licitadora impide a este Tribunal apartarse del criterio técnico expuesto por el órgano de contratación.

Por exemplo, sobre o período de descanso semanal a licitadora se limita a defender que o convenio colectivo permite que ese descanso sea 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 de esa diferenza de criterio permite que a súa oferta sea viable, que é o relevante neste momento. Así, o feito de apartarse do criterio establecido sobre o descanso lógicamente pode ter un incidente sobre a jornada 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 con unha baixa en os gastos de persoal superior ao 85%, como vimos, debíu 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 pliegos da licitación e executar a prestación contractual sen vulnerar a normativa ni 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 a los previos cálculos do órgano de contratación determinan que este Tribunal, en o campo revisor que lle corresponde, deba respetar o ámbito propio da discrecionalidade técnica que lle corresponde a dicho órgano e desestimar, en consecuencia, o recurso presentado.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en o día de a data, **RESUELVE:**

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

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe en a interposición do recurso, polo que non procede a imposición de a multa prevista en o artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva en sus propios termos, es definitiva en la vía administrativa y contra la mesma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el prazo de dos meses, a contar desde el día seguinte 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.