

Recurso nº 001/2018**Resolución nº 001/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 16 de abril de 2018

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por C. P. C. actuando en nome e representación de CLECE S.A. contra o prego de cláusulas administrativas da licitación do contrato de servizos de axuda no fogar na modalidade de dependencia do Concello de Ribadeo, con número de expediente 3386/2017, 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 Ribadeo convocouse a licitación do contrato e servizos de axuda no fogar na modalidade de dependencia, cun valor estimado declarado de 1.607.149,92 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no perfil do contratante do órgano de contratación e no Diario oficial da Unión Europea en data 9 de marzo e no Boletín oficial da provincia de Lugo o día 16 do mesmo mes.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en diante).

Terceiro.- A cláusula 4ª do prego de cláusulas administrativas establece, respecto ao importe do contrato, o seguinte:

Na prestación do servizo que se oferta pretendese cubrir un máximo de 31.964 horas anuais. O prezo máximo a ofertar será o seguinte:

PREZO HORA	IMPORTE	IVE (4%)	TOTAL
Días Laborais	12,08 €	0,49 €	12,57 €
Días Festivos	13,07 €	0,53 €	13,60

O importe máximo do contrato ascendería á cantidade de 803.574,96 € mais 32.143,00 € de IVE isto é un total de 835.717,96 €. pola duración do contrato (2 anos)

O valor estimado máximo do contrato, tendo en conta a posibilidade da prorroga de dous anos é de:

ANUALIDADE	IMPORTE (SEN IVE)
Anualidade 2018	401.787,48 €
Anualidade 2019	401.787,48 €
Anualidade 2020 (POSIBLE PRÓRROGA)	401.787,48 €
Anualidade 2021 (POSIBLE PRÓRROGA)	401.787,48 €
VALOR ESTIMADO DO CONTRATO	1.607.149,92

O importe aboarase con cargo á aplicación 170.22706 do vixente orzamento municipal para 2018; xa que existe crédito suficiente ata o importe aprobado polo Concello e queda acreditada a plena dispoñibilidade das achegas que permiten financiar o contrato. Ao ser un gasto de carácter plurianual a súa autorización e compromiso subordinarase ao crédito que para cada exercicio se consigne nos respectivos Orzamentos.

Cuarto.- En data 2 de abril de 2018 CLECE S.A. interpuxo electrónicamente recurso especial en materia de contratación contra os pregos que rexen a licitación da contratación do servizo de axuda no fogar na modalidade de dependencia do Concello de Ribadeo, ante o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, que o remitiu ao TACGAL por correo electrónico, tendo entrada no mesmo o día 3 de abril. Previamente se presentara anuncio do recurso o 27.3.2018.

Significar que, mediante Resolución de 1 de marzo de 2018 do Presidente do TACGAL, se deu publicidade ao acordo do Tribunal sobre a data de comezo do

exercicio das súas funcións, atribuídas pola Lei 14/2013, desde o día 2 de abril de 2018, tal día incluído (DOG nº 45, 5-3-2018).

Quinto.- Con data 4 de abril reclamouse ao Concello de Ribadeo 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 diante, LCSP).

A documentación foi recibida neste Tribunal o día 6 de abril.

Sexto.- De acordo co certificado da Secretaría municipal de data 5 de abril non se presentou ningunha proposición no procedemento de licitación, polo que non existen terceiros interesados.

Sétimo.- Na análise do expediente este Tribunal apreciou unha cuestión conexas, relacionada directamente coa pretensión anulatoria exercitada polo recorrente e relativa ao réxime xurídico ao que debería estar sometido este procedemento de licitación, con base no previsto na Disposición transitoria 1ª da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP). En virtude disto, o día 6 de abril concedeuse ás partes interesadas un prazo de cinco días hábiles aos efectos de que formularsen alegacións sobre o réxime xurídico aplicable ao procedemento de licitación.

As alegacións formuladas polo órgano de contratación recibíronse neste Tribunal en data 12 de abril. O recorrente non presentou alegacións neste trámite.

Oitavo.- O día 9 de abril este Tribunal adoptou a medida cautelar de suspensión do procedemento de contratación .

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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira LCSP 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 material contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A recorrente, CLECE S.A, está lexitimada para interpoñer o presente recurso aínda que non teña a condición de licitador, pois precisamente as bases da convocatoria provócanlle ao seu entender un prexuízo que pretende remediar coa interposición do recurso e a obtención dunha resolución favorable. Neste sentido, as prestacións do contrato ao que se refire esta impugnación están incluídas no ámbito da súa actividade empresarial.

Como sinalou o Tribunal administrativo de contratación pública da Comunidade de Madrid na Resolución 65/2018 (tamén, na Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais 198/2017):

“El criterio del legislador tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas, como en la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso administrativa, es considerar el supuesto de legitimación con carácter amplio. En este sentido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional precisaron en sus sentencias el concepto de interés legítimo de manera amplia. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo) de 20 mayo 2008 expone el siguiente: “Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en la orden Contencioso-Administrativa, superando el concepto de interés directo la que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004)”.

En relación con la concurrencia de “interés legítimo”, la jurisprudencia en España exige que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública había sido de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (Sentencia de Tribunal Constitucional 60/82, y 257/88, entre otras, y Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003, entre otras). La Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2008, de 13 de



octubre, recuerda que en la legitimación activa ante la jurisdicción contencioso administrativa, el interés legítimo se caracteriza cómo una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, considerando mismo suficiente ser titular potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar esta. De ahí deduce la Sentencia que negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse cómo lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (...). Aunque el interés legítimo se acredita normalmente mediante la presentación de una oferta, también cabe recordar que en virtud del dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP, la presentación de la misma supone la aceptación incondicional de los pliegos y sería absurdo obligar a los licitadores para formular oferta cuando el motivo de impugnación de los pliegos precisamente supone un obstáculo al recurrente a participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, del Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 junio 2013)".

Cuarto.- En canto á presentación do recurso, o anuncio de licitación foi publicado no perfil do contratante do Concello de Ribadeo, e no DOUE, en data 9 de marzo, polo que o recurso tivo entrada neste Tribunal dentro do prazo establecido.

Quinto.- Dado o valor estimado da presente licitación, cabe este recurso especial.

Sexto.- A recorrente fundamenta o seu escrito afirmando que o orzamento base de licitación non cubre o custo da man de obra solicitada que dispón o convenio colectivo de ámbito autonómico para a actividade de axuda no fogar de Galicia e, consecuentemente, tampouco os gastos de seguridade social, absentismo, materiais nin equipamentos, así como os gastos xerais e o beneficio industrial, o que supón, a xuízo da recorrente, que a prestación do servizo sexa insostible. Principalmente argumenta que o prezo hora estimado veríase incrementado considerando a antigüidade do persoal obxecto de subrogación. A estas argumentacións incorpora un cadro descritivo dos seus cálculos.

Ademais, engade que a cláusula cuarta do prego recolle un importe anual do contrato erróneo, non existindo correspondencia entre o importe total, o número de horas previstas e o prezo hora establecido.

Sétimo.- O Concello de Ribadeo, no seu informe de data 6 de abril, opónse ao recurso presentado sinalando, en primeiro lugar, que existe unha contradición entre o contido do anuncio de interposición do recurso e o finalmente impugnado e, sobre o fondo do asunto, que o orzamento base de licitación fixouse tomando como referencia os prezos/hora do servizo de axuda no fogar existentes en concellos próximos, dando así cumprimento á obriga legal de que se fixará atendendo ao prezo do mercado prevista no art. 87.1 TRLCSP.

Oitavo.- En canto á incongruencia traída polo Concello de Ribadeo respecto ao contido do anuncio de interposición do recurso, tal alegación non pode ter consecuencias respecto á súa posible inadmisión.

En primeiro lugar, só cunha interpretación moi rigorista, allea ao dereito de acceso aos recursos, podería darse lugar ao entendemento de que existe unha incongruencia impeditiva da acción impugnatoria exercitada polo feito de no anuncio se aluda ao prego de cláusulas administrativas particulares e ao prego de prescricións técnicas e no recurso só ao primeiro deles.

A maiores, e para esgotar esta cuestión: i) é doutrina consolidada dos Tribunais de recursos contractuais que a propia falta de presentación do anuncio previo non é motivo de inadmisión do recurso (por todas, resolución do Tribunal administrativo de recursos contractuais da Junta de Andalucía 68/2016 e resolución do TACRC 27/2011) e ii) dito anuncio previo xa non é obrigatorio dende a entrada en vigor da LCSP, que eliminou a esixencia da súa presentación, e esta lei é a que rexe na tramitación deste recurso, segundo a súa Disposición Transitoria Primeira LCSP.

Noveno.- Como vimos, o TACGAL deu un prazo de prazo de 5 días hábiles para que a recorrente e o órgano de contratación formularan alegacións sobre o réxime xurídico aplicable ao procedemento licitador e á cuestión suscitada pola recorrente e a afectación respecto a súa pretensión anulatoria, co resultado xa descrito.

Da vista do expediente, e como consta recoñecido no propio informe do órgano de contratación, resulta que se publicaron os seguintes anuncios nas datas que se sinalan:

Perfil do contratante: 9 de marzo de 2018

Diario oficial da Unión Europea: 9 de marzo de 2018

Boletín oficial da Provincia de Lugo: 16 de marzo de 2018

O Concello de Ribadeo nas súas alegacións entende que o réxime xurídico aplicable á licitación é o previsto no TRLCSP, e non na nova Lei 9/2017, LCSP. Fundamenta a súa postura en que, se ben recoñece que o anuncio da licitación foi publicado no DOUE e no Perfil do contratante en data 9 de marzo, o anuncio ao DOUE foi remitido o día 5 de marzo. Por isto, conclúe que, en base á cita do artigo 159 do TRLCSP, debe ser esta última a data, a do envío ao DOUE, a que procede ter en conta para a fixación do réxime xurídico aplicable.

Engade como proba un correo electrónico da oficina de publicacións da Unión Europea, remitida en resposta a un previo correo electrónico do concello solicitando que a publicación se efectuase antes do día 9 de marzo, onde se expresa que:

“Con arreglo a las Directivas vigentes de la Unión Europea, lo anuncios enviados vía eNotices (<http://simap.europa.eu/enotices>) se publican en un plazo de 5 días naturales a partir del envío de los formularios.

En todos los casos, la fecha legal de publicación (a partir de la que deben calcularse los plazos indicados en la publicación) sigue siendo la fecha de envío del formulario a nuestros servicios, y no la fecha real de publicación”

Porén, é de interese resaltar o texto do correo que se enviara previamente dende o Concello onde tras recoller *“En relación al anuncio de publicación nº referencia interna 18-102303-001, ruego lo publiquen el 8 de marzo como máximo”*, se engade:

“De ser publicado en fechas posteriores tendríamos que estudiar la anulación del mismo por entrar en vigor la nueva Ley”.

Décimo.- A Disposición derradeira décimo sexta LCSP sinala que a lei entrará en vigor aos catro meses da súa publicación no «Boletín Oficial do Estado». Dado que a Lei foi publicada no BOE o día 9 de novembro de 2017, a súa entrada e vigor produciuse o 9 de marzo de 2018, algo obviamente non discutido.

En canto ao réxime transitorio previsto, a Disposición transitoria primeira da LCSP establece:

1. Os expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei rexeranse pola normativa anterior. Para estes efectos, entenderase que os



expedientes de contratación foron iniciados se se publicou a correspondente convocatoria do procedemento de adxudicación do contrato. No caso de procedementos negociados sen publicidade, para determinar o momento de iniciación tomarase en conta a data de aprobación dos pregos.

2. Os contratos administrativos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da presente lei rexeranse, en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa modificación, duración e réxime de prórrogas, pola normativa anterior

Como ven sendo habitual na lexislación contractual, a LCSP diferencia entre os expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor da mesma e posteriores e, á súa vez, indica cando se deberá de entender que un expediente de contratación foi iniciado a estes efectos.

O concepto de “expediente de contratación iniciado” como aquel no que se teña producido a publicación da licitación atopábase xa no Real Decreto Legislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos das Administracións Públicas. Tamén a Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público recollía na súa Disposición Transitoria primeira:

1. Os expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei rexeranse pola normativa anterior. Para estes efectos entenderase que os expedientes de contratación foron iniciados se se publicou a correspondente convocatoria do procedemento de adxudicación do contrato. No caso de procedementos negociados, para determinar o momento de iniciación tomarase en conta a data de aprobación dos pregos.

2. Os contratos administrativos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor desta lei rexeranse, en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa duración e réxime de prórrogas, pola normativa anterior.

En iguais termos pronunciábase o posterior texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (DT primeira).

Non estamos, polo tanto, nunha novidade no ámbito da contratación administrativa.

En todo caso, tendo en conta que a expresión recollida na LCSP é clara no seu mandato - “se se publicou a correspondente convocatoria do procedemento de

adxudicación” -, non se considera acollible a interpretación que, a estes efectos fai o órgano de contratación de que en vez disto hai que atender ao *envío* para a publicación. Así, este Tribunal entende que, sendo a data de publicación do primeiro anuncio de licitación o 9 de marzo de 2018, o réxime xurídico ao que se debeu someter a licitación é o previsto na Lei 9/2017 de contratos do sector público.

O contido do artigo 159 TRLCSP (actual 156 LCSP) que indica o Concello nos seus argumentos non desvirtúa esta conclusión, senón máis ben a confirma. Este artigo, ao efectos de contar o prazo de presentación de proposicións en contratos harmonizados, refírese á *“data do envío do anuncio do contrato á Comisión Europea”*. Polo tanto, independentemente de que o regulado neste artigo é distinto á finalidade dunha disposición transitoria, supón unha demostración do feito de que cando o lexislador quere referirse á data do envío do anuncio así o recolle expresamente, o que non sucede na DT1ª LCSP, que alude exclusivamente á publicación. Non é só que a interpretación literal impida outro entendemento, senón que a teleolóxica ratifica esa conclusión porque a pretensión do lexislador foi dar seguridade a todos os operadores xurídicos sobre o réxime aplicable, tendo en conta que a publicación do anuncio para adxudicar un contrato supón a definitiva exteriorización da vontade administrativa de licitación.

Por outro lado, a comunicación remitida pola oficina europea de publicacións sinala que *“la fecha legal de publicación (a partir de la que deben calcularse los plazos indicados en la publicación) sigue siendo la fecha de envío del formulario a nuestros servicios”*. Unido a que non se lle pode dar o valor de intérprete auténtico da normativa interna – e menos para obviar a súa expresa literalidade-, aparece como evidente que a mesma, como non podía ser doutra maneira, se refiría ao procedemento de presentación de proposicións.

A maiores, non deixa de ser ilustrativo que no correo do Concello á oficina europea de publicacións solicitando se publicara o 8 de marzo, se admita que *“De ser publicado en fechas posteriores tendríamos que estudiar la anulación del mismo por entrar en vigor la nueva Ley”*.

Décimo.- Unha vez determinado que o réxime xurídico aplicable a esta licitación debía ser a LCSP e non o TRLCSP, é indefectible que isto afecte ao axuizamento dos debates que se poidan suscitar en relación á mesma, xa que entón a cuestión axuizada non se someteu á regulación normativa que procedía.



A maiores, no debate traído polo recorrente hai variacións entre o texto normativo anterior, o TRLCSP, e ao que, temporalmente, debía someterse esta licitación, a LCSP.

Así, no orzamento base de licitación, o artigo 100.2 LCSP sinala:

2. No momento de elaboralo, os órganos de contratación coidarán de que o orzamento base de licitación sexa adecuado aos prezos do mercado. Para ese efecto, o orzamento base de licitación desagregarase e no prego de cláusulas administrativas particulares ou documento regulador da licitación indicaranse os custos directos e indirectos e outros eventuais gastos calculados para a súa determinación. Nos contratos en que o custo dos salarios das persoas empregadas para a súa execución forme parte do prezo total do contrato, o orzamento base de licitación indicará, de forma desagregada e con desagregación de xénero e categoría profesional, os custos salariais estimados a partir do convenio laboral de referencia”.

No valor estimado dos contratos, o artigo 101 LCSP establece en primeiro lugar que:

“O valor estimado dos contratos será determinado como segue:

a) No caso dos contratos de obras, subministracións e servizos, o órgano de contratación tomará o importe total, sen incluír o imposto sobre o valor engadido, pagadoiro segundo as súas estimacións”.

A continuación, no seu apartado segundo prevé:

No cálculo do valor estimado deberanse ter en conta, como mínimo, ademais dos custos derivados da aplicación das normativas laborais vixentes, outros custos que deriven da execución material dos servizos, os gastos xerais de estrutura e o beneficio industrial. Así mesmo, deberanse ter en conta:

a) Calquera forma de opción eventual e as eventuais prórrogas do contrato.

b) Cando se previse aboar primas ou efectuar pagamentos aos candidatos ou licitadores, a contía destes.

c) No caso de que, de conformidade co disposto no artigo 204, se previse no prego de cláusulas administrativas particulares ou no anuncio de licitación a posibilidade de que o contrato sexa modificado, considerárase valor estimado do

contrato o importe máximo que este poida alcanzar, tendo en conta a totalidade das modificacións á alza previstas.

Nos contratos de servizos e de concesión de servizos en que sexa relevante a man de obra, na aplicación da normativa laboral vixente a que se refire o parágrafo anterior teranse especialmente en conta os custos laborais derivados dos convenios colectivos sectoriais de aplicación”.

Neste suposto atopámonos nun contrato, como é o de servizo de axuda no fogar, en que os custos laborais supoñen a parte principal da prestación obxecto do contrato, polo que o órgano de contratación debería dar cumprimento ás exigencias establecidas nos artigos 100.2 e 101 LCSP, indicando con claridade a desagregación dos custos que permitiron a determinación do orzamento e do valor estimado, con especial referencia aos custos laborais. Porén, nada disto consta no prego de cláusulas administrativas, e tampouco no de prescricións técnicas, sexa pola obvia razón de que o órgano de contratación non se someteu a este novo corpo normativo, aplicable pola Disposición transitoria primeira LCSP.

A esta conclusión debemos aplicar a consecuencia prevista no art. 57.2 LCSP:

“..., a estimación do recurso que implique anulación de cláusulas ou condicións dos pregos ou documentación contractual de natureza análoga determinará a anulación dos actos do expediente de contratación relacionados coa súa aprobación”.

Polo tanto, á vista de que o réxime xurídico aplicable a esta licitación debe ser o establecido na LCSP e non no TRCLSP, procede estimar o recurso e proceder a anular daquela.

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 CLECE S.A. contra o prego de cláusulas administrativas da licitación do contrato denominado contrato de servizos de axuda no fogar na modalidade de dependencia do concello de Ribadeo, expediente 3386/2017, e na súa virtude, anular a licitación en base ao expresado nesta resolución.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. 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.