

Recurso nº 001/2018

Resolución nº 001/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 16 de abril de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por C. P. C. actuando en nombre y representación de CLECE S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas de la licitación del contrato de servicios de ayuda en el hogar en la modalidad de dependencia del Ayuntamiento de Ribadeo, con número de expediente 3386/2017, 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 el Ayuntamiento de Ribadeo se convocó la licitación del contrato y servicios de ayuda en el hogar en la modalidad de dependencia, con un valor estimado declarado de 1.607.149,92 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el perfil del contratante del órgano de contratación y en el Diario oficial de la Unión Europea en fecha 9 de marzo y en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo el día 16 del mismo mes.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- La cláusula 4ª del pliego de cláusulas administrativas establece, respecto al importe del contrato, lo siguiente:

En la prestación del servicio que se oferta se pretende cubrir un máximo de 31.964 horas anuales. El precio máximo a ofertar será el siguiente:

PRECIO HORA	IMPORTE	IVA (4%)	TOTAL
Días Laborales	12,08 €	0,49 €	12,57 €
Días Festivos	13,07 €	0,53 €	13,60

El importe máximo del contrato ascendería a la cantidad de 803.574,96 € más 32.143,00 € de IVA esto es un total de 835.717,96 €. por la duración del contrato (2 años)

El valor estimado máximo del contrato, habida cuenta la posibilidad de la prórroga de dos años es de:

ANUALIDAD	IMPORTE (SIN IVA)
Anualidad 2018	401.787,48 €
Anualidad 2019	401.787,48 €
Anualidad 2020 (POSIBLE PRÓRROGA)	401.787,48 €
Anualidad 2021 (POSIBLE PRÓRROGA)	401.787,48 €
VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO	1.607.149,92

El importe se abonará con cargo a la aplicación 170.22706 del vigente presupuesto municipal para 2018; ya que existe crédito suficiente hasta el importe aprobado por el Ayuntamiento y queda acreditada la plena disponibilidad de las aportaciones que permiten financiar el contrato. Al ser un gasto de carácter plurianual su autorización y compromiso se subordinará al crédito que para cada ejercicio se consigne en los respectivos Presupuestos.

Cuarto.- En fecha 2 de abril de 2018 CLECE S.A. interpuso electrónicamente recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación de la contratación del servicio de ayuda en el hogar en la modalidad de dependencia del Ayuntamiento de Ribadeo, ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que lo remitió al TACGAL por correo electrónico, teniendo entrada en el mismo el día 3 de abril. Previamente se había presentado anuncio del recurso el 27.3.2018.

Significar que, mediante Resolución de 1 de marzo de 2018 del Presidente del TACGAL, se dio publicidad al acuerdo del Tribunal sobre la fecha de comienzo del

ejercicio de sus funciones, atribuidas por la Ley 14/2013, desde el día 2 de abril de 2018, tal día incluido (DOG nº 45, 5-3-2018).

Quinto.- Con data 4 de abril se reclamó al Ayuntamiento de Ribadeo 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 6 de abril.

Sexto.- De acuerdo con el certificado de la Secretaría municipal de fecha 5 de abril no se presentó ninguna proposición en el procedimiento de licitación, por lo que no existen terceros interesados.

Séptimo.- En el análisis del expediente este Tribunal apreció una cuestión conexa, relacionada directamente con la pretensión anulatoria ejercitada por el recurrente y relativa al régimen jurídico al que debería estar sometido este procedimiento de licitación, con base en lo previsto en la Disposición transitoria 1ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP). En virtud de esto, el día 6 de abril se concedió a las partes interesadas un plazo de cinco días hábiles a los efectos de que formularan alegatos sobre el régimen jurídico aplicable al procedimiento de licitación.

Las alegaciones formuladas por el órgano de contratación se recibieron en este Tribunal en fecha 12 de abril. El recurrente no presentó alegaciones en este trámite.

Octavo.- El día 9 de abril este Tribunal adopto la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación .

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 a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme 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 lo que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en material contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- La recurrente, CLECE S.A., está legitimada para interponer el presente recurso aunque no tenga la condición de licitador, pues precisamente las bases de la convocatoria le provocan a su entender un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y la obtención de una resolución favorable. En este sentido, las prestaciones del contrato al que se refiere esta impugnación están incluidas en el ámbito de su actividad empresarial.

Como señaló el Tribunal administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 65/2018 (también, en la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 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 cuanto a la presentación del recurso, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Ribadeo, y en el DOUE, en fecha 9 de marzo, por lo que el recurso tuvo entrada en este Tribunal dentro del plazo establecido.

Quinto.- Dado el valor estimado de la presente licitación, cabe este recurso especial.

Sexto.- La recurrente fundamenta su escrito afirmando que el presupuesto base de licitación no cubre el coste de la mano de obra solicitada que dispone el convenio colectivo de ámbito autonómico para la actividad de ayuda en el hogar de Galicia y, consecuentemente, tampoco los gastos de seguridad social, absentismo, materiales ni equipaciones, así como los gastos generales y el beneficio industrial, lo que supone, a juicio de la recurrente, que la prestación del servicio sea insostenible. Principalmente argumenta que el precio hora estimado se vería incrementado considerando la antigüedad del personal objeto de subrogación. A estas argumentaciones incorpora un cuadro descriptivo de sus cálculos.

Además, añade que la cláusula cuarta del pliego recoge un importe anual del contrato erróneo, no existiendo correspondencia entre lo importe total, el número de horas previstas y el precio hora establecido.

Séptimo.- El Ayuntamiento de Ribadeo, en su informe de fecha 6 de abril, se opone al recurso presentado señalando, en primer lugar, que existe una contradicción entre el contenido del anuncio de interposición del recurso y el finalmente impugnado y, sobre el fondo del asunto, que el presupuesto base de licitación se fijó tomando como referencia los precios/hora del servicio de ayuda en el hogar existentes en ayuntamientos próximos, dando así cumplimiento al deber legal de que se fijará atendiendo al precio del comprado prevista en el art. 87.1 TRLCSP.

Octavo.- En cuanto a la incongruencia traída por el Ayuntamiento de Ribadeo respecto al contenido del anuncio de interposición del recurso, tal alegación no puede tener consecuencias respecto a su posible inadmisión.

En primer lugar, sólo con una interpretación muy rigorista, ajena al derecho de acceso a los recursos, podría darse lugar al entendimiento de que existe una incongruencia impeditiva de la acción impugnatoria ejercitada por el hecho de en el anuncio se aluda al pliego de cláusulas administrativas particulares y al pliego de prescripciones técnicas y en el recurso solo al primero de ellos.

A mayores, y para agotar esta cuestión: i) es doctrina consolidada de los Tribunales de recursos contractuales que la propia falta de presentación del anuncio previo no es motivo de inadmisión del recurso (por todas, resolución del Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía 68/2016 y resolución del TACRC 27/2011) y ii) dicho anuncio previo ya no es obligatorio desde la entrada en vigor de la LCSP, que eliminó la exigencia de su presentación, y esta ley es la que rige en la tramitación de este recurso, según su Disposición Transitoria Primera LCSP.

Noveno.- Como vimos, el TACGAL dio un plazo de plazo de 5 días hábiles para que la recurrente y el órgano de contratación formularan alegaciones sobre el régimen jurídico aplicable al procedimiento licitador y a la cuestión suscitada por la recurrente y la afectación respecto su pretensión anulatoria, con el resultado ya descrito.

De la vista del expediente, y como consta reconocido en el propio informe del órgano de contratación, resulta que se publicaron los siguientes anuncios en las fechas que se señalan:

Perfil del contratante: 9 de marzo de 2018

Diario oficial de la Unión Europea: 9 de marzo de 2018

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

El Ayuntamiento de Ribadeo en sus alegaciones entiende que el régimen jurídico aplicable a la licitación es el previsto en el TRLCSP, y no en la nueva Ley 9/2017, LCSP. Fundamenta su postura en que, si bien reconoce que el anuncio de la licitación fue publicado en el DOUE y en el Perfil del contratante en fecha 9 de marzo, el anuncio al DOUE fue remitido el día 5 de marzo. Por esto, concluye que, en base a la cita del artículo 159 del TRLCSP, debe ser esta última la fecha, la del envío al DOUE, la que procede tener en cuenta para la fijación del régimen jurídico aplicable.

Añade como prueba un correo electrónico de la oficina de publicaciones de la Unión Europea, remitida en respuesta a un previo correo electrónico del ayuntamiento solicitando que la publicación se efectuara antes del día 9 de marzo, donde se expresa que:

“Con arreglo a las Directivas vigentes de la Unión Europea, los 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”

Sin embargo, es de interés resaltar el texto del correo que se había enviado previamente desde el ayuntamiento donde tras recoger *“En relación al anuncio de publicación nº referencia interna 18-102303-001, ruego lo publiquen el 8 de marzo como máximo”*, se añade:

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

Décimo.- La Disposición final decimosexta LCSP señala que la ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Dado que la Ley fue publicada en el BOE el día 9 de noviembre de 2017, su entrada y vigor se produjo el 9 de marzo de 2018, algo obviamente no discutido.

En cuanto al régimen transitorio previsto, la Disposición transitoria primera de la LCSP establece:

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior. Para estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación fueron iniciados si se publicó la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta a fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior

Como viene siendo habitual en la legislación contractual, la LCSP diferencia entre los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la misma y posteriores y, a su vez, indica cuando se habrá de entender que un expediente de contratación fue iniciado a estos efectos.

El concepto de “expediente de contratación iniciado” como aquel en el que se haya producido la publicación de la licitación se encontraba ya en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por lo que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. También la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público recogía en su Disposición Transitoria primera:

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior. Para estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación fueron iniciados si se publicó la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta a fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

En iguales términos se pronunciaba el posterior texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (DT primera).

No estamos, por lo tanto, ante una novedad en el ámbito de la contratación administrativa.

En todo caso, teniendo en cuenta que la expresión recogida en la LCSP es clara en su mandato - *“si se publicó la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación”* -, no se considera acogible la interpretación que, a estos efectos hace el órgano de contratación de que en vez de esto hay que atender al *envío* para la publicación. Así, este Tribunal entiende que, siendo la fecha de publicación del primer anuncio de licitación el 9 de marzo de 2018, el régimen jurídico a lo que se debió someter la licitación es el previsto en la Ley 9/2017 de contratos del sector público.

El contenido del artículo 159 TRLCSP (actual 156 LCSP) que indica el ayuntamiento en sus argumentos no desvirtúa esta conclusión, sino más bien la confirma. Este artículo, al efecto de contar el plazo de presentación de proposiciones en contratos armonizados, se refiere a la *“fecha del envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea”*. Por lo tanto, independientemente de que lo regulado en este artículo es distinto a la finalidad de una disposición transitoria, supone una demostración del hecho de que cuando el legislador quiere referirse a la fecha del envío del anuncio así lo recoge expresamente, lo que no sucede en la DT1ª LCSP, que alude exclusivamente a la publicación. No es sólo que la interpretación literal impida otro entendimiento, sino que la teleológica ratifica esa conclusión porque la pretensión del legislador fue dar seguridad a todos los operadores jurídicos sobre el régimen aplicable, toda vez que la publicación del anuncio para adjudicar un contrato supone la definitiva exteriorización de la voluntad administrativa de licitación.

Por otro lado, la comunicación remitida por la oficina europea de publicaciones señala 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 no se le puede dar el valor de intérprete auténtico de la normativa interna – y menos para obviar su expresa literalidad-, aparece como evidente que la misma, como no podía ser de otra manera, se refería al procedimiento de presentación de proposiciones.

A mayores, no deja de ser ilustrativo que en el correo del ayuntamiento a la oficina europea de publicaciones solicitando se publicara el 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.- Una vez determinado que el régimen jurídico aplicable a esta licitación debía ser la LCSP y no el TRLCSP, es indefectible que esto afecte al enjuiciamiento de los debates que se puedan suscitar en relación a la misma, ya que entonces la cuestión enjuiciada no se sometió a la regulación normativa que procedía.

A maiores, en el debate traído por el recurrente hay variaciones entre el texto normativo anterior, el TRLCSP, y a lo que, temporalmente, debía someterse esta licitación, la LCSP.

Así, en el presupuesto base de licitación, el artículo 100.2 LCSP señala:

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios de mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará y en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación se indicarán los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará, de forma desglosada y con desglose de género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

En el valor estimado de los contratos, el artículo 101 LCSP establece en primer lugar que:

“El valor estimado de los contratos será determinado como sigue:

a) En el caso de los contratos de obras, suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido, pagadero según sus estimaciones”.

A continuación, en su apartado segundo prevé:

En el cálculo del valor estimado se deberán tener en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Asimismo, se deberán tener en cuenta:

a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

b) Cuando se previera abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de estos.

c) En caso de que, de conformidad con el dispuesto en el artículo 204, se previera en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación a posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, habida cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

En los contratos de servicios y de concesión de servicios en que sea relevante a mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación”.

En este supuesto nos encontramos ante un contrato, como es lo de servicio de ayuda en el hogar, en que los costes laborales suponen la parte principal de la prestación objeto del contrato, por lo que el órgano de contratación debería dar cumplimiento a las exigencias establecidas en los artículos 100.2 y 101 LCSP, indicando con claridad el desglose de los costes que permitieron la determinación del presupuesto y del valor estimado, con especial referencia a los costes laborales. Sin embargo, nada de esto consta en el pliego de cláusulas administrativas, y tampoco en el de prescripciones técnicas, sea por la obvia razón de que el órgano de contratación no se sometió a este nuevo cuerpo normativo, aplicable por la Disposición transitoria primera LCSP.

A esta conclusión debemos aplicar por consecuencia prevista nel art. 57.2 LCSP:

“..., la estimación del recurso que implique anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”.

Por lo tanto, a la vista de que el régimen jurídico aplicable la esta licitación debe ser el establecido en la LCSP y no nel TRCLSP, procede estimar el recurso y proceder la anular de aquella.

Por todo el 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 CLECE S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas de la licitación del contrato denominado contrato de servicios de ayuda en el hogar en la modalidad de dependencia del Ayuntamiento de Ribadeo, expediente 3386/2017, y en su virtud, anular la licitación en base a lo expresado en esta resolución.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento la 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 el 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.