

Recurso nº 161/2018**Resolución nº 10/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 14 de xaneiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. J.F.C. actuando en nome e representación de SERCO 93 A MARIÑA S.L. contra os pregos da licitación do servizo de limpeza de dependencias públicas do Concello de Burela, expediente 594/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Burela convocouse a licitación do contrato do servizo de limpeza de dependencias públicas, cun valor estimado declarado de 565.964,76 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE o 27.11.2018 e na Plataforma de Contratación del Sector Público o 25.11.2018, con publicación dos pregos o 27.11.2018. Segundo consta na plataforma, en datas 17.12.2018 e 18.12.2018 publicáronse anuncios de rectificación do contido dos pregos.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017 de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP, en adelante).

Terceiro.- A recurrente impugna os pregos da licitación e a rectificación dos mesmos publicada o día 17.12.2018 por vulnerar o previsto nos artigos 100, 101 e 102 da LCSP e o convenio colectivo de aplicación.

Cuarto.- O día 28.12.2018 SERCO 93 A MARIÑA S.L. (SERCO en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

Quinto.- Con data 02.01.2019 reclamouse ao Concello de Burela 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 03.01.2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 04.01.2019, recibíndose alegacións da empresa CLN SERVICIOS INTEGRALES S.L.

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.- 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 materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A recorrente 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. Así se ten pronunciado este TACGal en resolucións anteriores, por exemplo a 2/2018 ou 46/2018.

Non se acepta polo tanto o argumento da alegante ao respecto da falta de lexitimación da recorrente por non acreditar que *“son las propias condiciones de la*

licitación lo que le impiden concurrir". O recurso fundaméntase de xeito principal no indebido cálculo do orzamento do contrato, o que evidentemente afecta á posición da recorrente perante a participación na licitación.

No mesmo sentido pronúnciase o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na propia Resolución citada polo alegante, na que expresamente se admite a lexitimación dunha impugnación equiparable á presente.

Cuarto.- Unha especial análise merece o prazo de interposición deste recurso. O órgano de contratación no seu informe defende a extemporaneidade do mesmo posto que os pregos da licitación foron obxecto de publicación o día 27.11.2018 e o recurso foi interposto o día 28.12.2018, transcorridos xa os quince días fixados como prazo máximo para a interposición deste recurso espacial. E así o defende tamén a empresa alegante.

Agora ben, o recorrente centra a súa impugnación de xeito principal no, ao seu entender, indebido cálculo do orzamento e valor estimado da licitación en base aos custos da licitación. E, nese sentido, adquire especial relevancia a rectificación dos pregos publicada o día 17.12.2018 na plataforma de contratación, na que o órgano de contratación engade un documento denominado precisamente "*Documento costes del contrato*" e no que se detalla o cálculo do orzamento da licitación. E a este documento alúdese de xeito concreto no recurso presentado.

En conclusión, sendo publicada o día 17.12.2018 a rectificación dos pregos realizada polo órgano de contratación (con esa expresa denominación de rectificación na propia plataforma) e sendo o seu contido fundamento expreso do recurso presentado o día 28.12.2018 -dentro do prazo de 15 días contados dende esa publicación- necesariamente procede entender que o recurso foi interposto dentro do prazo legalmente esixible.

Quinto.- Impúgnanse os pregos da licitación dun contrato de servizos por imposto superior a 100.000 euros, polo que o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- A recorrente impugna os pregos da licitación e a rectificación dos mesmos publicada o día 17.12.2018. Sinala que os pregos inicialmente recollían unicamente unha relación de persoal que era insuficiente para calcular os custos da licitación, e que posteriormente publicouse unha táboa cos gastos do contrato, que entende incorrectamente calculados.

Alega que se vulneraron os artigos 100, 101 e 102 da LCSP xa que do expediente resulta que *“el Ayuntamiento de Burela no realizó ese cálculo de los gastos salariales del futuro contrato, limitándose exclusivamente a incorporar los importes indicados por la anterior adjudicataria”*.

E sinala que a relación de traballadores a subrogar incumpre o convenio colectivo aplicable, posto que *“de los nueve trabajadores que se relacionan en el pliego, siete de ellos no están en la empresa adjudicataria actual del servicio (...) y dos de ellos tienen minusvalía y no se indica en ningún apartado”*.

Sétimo.- O órgano de contratación no seu informe indica sobre o cálculo do orzamento de licitación, que:

“O órgano de contratación, (...), optou por valerse dos custes indicados pola actual adxudicataria para determinar o valor estimado e o orzamento de licitación (188.654,92 € IVE excluído) ao entender que dito importe resulta suficiente para atender ao conste do contrato entre os que se atopan os custes de persoal”

E ao respecto da información facilitada a efectos de subrogación, sinala que *“a mesma correspóndese coa aportada pola actual prestadora do servizo”*.

Ademais, como conclusión do informe o asinante do informe propón o desistimento da licitación:

“CONCLUSIÓN: Tendo en conta o ata agora informado, non se advirten defectos que motiven a anulación do expediente, se ben tendo en conta que a información facilitada a efectos de subrogación podería xerar calquera tipo de desigualdade na participación de interesadas no procedemento de licitación, o agora informante xa ten proposto a declaración de desistimento da licitación para mellorar a información facilitada os licitadores”

A este respecto, ao ser proposto eses desistimento polo secretario municipal no seu informe pero non constar acordo ou manifestación expresa sobre o mesmo do órgano de contratación, a declaración efectuada nese informe debe ter a consideración dunha alegación máis no procedemento de resolución deste recurso, coa relevancia que lle corresponda.

Oitavo.- A empresa alegante, CLN SERVICIOS INTEGRALES S.L., tras solicitar a inadmisión do recurso, sinala que o mesmo carece de fundamentación, argumentando ademais que neste contrato non procede á subrogación.

Resaltar tamén que a mesma indica sobre o persoal a subrogar, que *“no podrían ser más que dos, que son los pertenecientes a la plantilla del actual contratista”*, se ben, debemos sinalar, que o PPT recolle nove persoas.

Noveno.- O recurso fundaméntase en primeiro lugar na incorrecta estimación do orzamento da licitación, pois o mesmo, a xuízo do recorrente, efectúa unha valoración errónea dos custes indirectos, non inclúe o persoal necesario para a prestación dos servizo esixidos no PPT e incumpre o convenio colectivo de aplicación, ademais de que a información sobre a persoal a subrogar é incorrecta .

Nese sentido, como vimos, sinala que *“el Ayuntamiento de Burela no realizó ese cálculo de los gastos salariales del futuro contrato, limitándose exclusivamente a incorporar los importes indicados por la anterior adjudicataria”*.

A este respecto, a regulación legal dos distintos importes económicos relevantes nunha licitación aparece recollida nos artigos 100 a 102 da LCSP.

O artigo 100 da LCSP indica respecto ao orzamento base da licitación:

“1. Para os efectos desta lei, por orzamento base de licitación entenderase o límite máximo de gasto que, en virtude do contrato, pode comprometer o órgano de contratación, incluído o imposto sobre o valor engadido, salvo disposición en contrario.

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.”

E o artigo 101 da LCSP refírese ao valor estimado nos seguinte termos:

“2. No cálculo do valor estimado deberánse 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, deberánse ter en conta: a) Calquera forma de opción eventual e as eventuais prórrogas do contrato. b) Cando se prevé 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 prevé no prego de cláusulas administrativas particulares ou no anuncio de licitación a posibilidade de que o contrato sexa modificado, considerarase 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. (...)”

10. Nos contratos de subministración ou de servizos que teñan un carácter de periodicidade, ou de contratos que se deban renovar nun período de tempo determinado, tomarase como base para o cálculo do valor estimado do contrato algunha das seguintes cantidades: a) O valor real total dos contratos sucesivos similares adxudicados durante o exercicio precedente ou durante os doce meses previos, axustado, cando sexa posible, en función dos cambios de cantidade ou valor previstos para os doce meses posteriores ao contrato inicial. b) O valor estimado total dos contratos sucesivos adxudicados durante os doce meses seguintes á primeira entrega ou no transcurso do exercicio, se este é superior a doce meses.”

Con relación á determinación do prezo o artigo 102.3 da LCSP, establece que:

“Os órganos de contratación coidarán de que o prezo sexa adecuado para o efectivo cumprimento do contrato mediante a correcta estimación do seu importe, atendendo ao prezo xeral de mercado, no momento de fixar o orzamento base de licitación e a aplicación, de ser o caso, das normas sobre ofertas con valores anormais ou desproporcionados.

Naqueles servizos en que o custo económico principal sexan os custos laborais, deberánse considerar os termos económicos dos convenios colectivos sectoriais, nacionais, autonómicos e provinciais aplicables no lugar de prestación dos servizos.”

Respecto a un suposto similar ao presente xa nos pronunciamos na nosa anterior Resolución 46/2018. Alí xa sinalábamos a transcendencia do cálculo do orzamento do contrato a realizar polo órgano de contratación:

“Cabe indicar, polo tanto, que a fixación dos distintos elementos que fan referencia ao valor do contrato é unha función esencial do órgano de contratación, co fin de obter “unha eficiente utilización dos fondos” públicos (art. 1 LCSP) e permitir así unha correcta execución contractual.”

Neste sentido, a recorrente alega que o Concello unicamente incorporou os custos facilitados pola anterior adxudicataria, sen realizar análise ao respecto.

Esta alegación semella corroborarse no informe do órgano de contratación a este recurso, no que literalmente indícase que *“o órgano de contratación, (...), optou por valerse dos custes indicados pola actual adxudicataria para determinar o valor estimado e o orzamento de licitación”*.

O propio expediente da licitación remitido a este Tribunal confirma ese aspecto, xa que no mesmo consta escrito presentado en data 06.03.2018 no rexistro do órgano de contratación pola anterior adxudicataria do contrato, CLN INCORPORA S.L., no que se acompaña un documento denominado *“trabajadores y costes del contrato”*, sendo este documento, non só o único do expediente no que existe un cálculo do orzamento do contrato, senón que é este mesmo documento o que polo propio Concello se incorpora ao PCAP mediante rectificación do mesmo publicada na plataforma de contratación o día 17.12.2018.

Como sinalamos na Resolución deste TACGal 46/2018:

“este proceder non se axusta á regulación legal da LCSP. O órgano de contratación é o responsable da fixación das condicións da licitación, e entre elas, loxicamente, ten unha especial relevancia o aspecto económico da mesma. Un automatismo, en canto que o orzamento da licitación sexa a mera plasmación dos datos facilitados pola empresa que prestaba o servizo sen analizar o seu axuste ás condicións da nova licitación, incumpre o previsto na lexislación contractual reproducida, unido a que suporía, de feito, deixar nas súas mans a fixación das condicións da nova licitación”.

Neste sentido, a omisión polo órgano de contratación do seu deber de determinar o orzamento do contrato non só incumpre o previsto no artigo 100 da

LCSP, senón que supón unha vulneración dos principios de igualdade e de libre acceso á contratación, máis nun caso coma o presente na que a anterior adxudicataria pertence ao mesmo grupo empresarial que unha licitadora neste procedemento.

Ademais, ese incumprimento dos principios esenciais da licitación resulta tamén da propia tramitación efectuada polo órgano de contratación, que inicialmente non recolle nos documentos da licitación o necesario desglose de gastos -do que unicamente dispón polo tanto a anterior adxudicataria- e, posteriormente, ao rectificar o PCAP e incorporar eses datos, mantén o mesmo prazo para a presentación de ofertas, en contra do establecido no artigo 122 da LCSP.

O deber de desglosar nos documentos da licitación o orzamento da licitación é unha esixencia expresa recollida no artigo 100 da LCSP e, como tal, debe ser cumprida. Así o expresa, por exemplo, o Tribunal Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 632/2018:

“es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación. Tal intensidad tiene su reflejo en la obligación de indicar los costes salariales estimados a partir de la normativa laboral de referencia en los Pliegos (artículo 100.2 LCSP), su consideración expresa en el cálculo del valor estimado del contrato (artículo 101.2 LCSP), y para la fijación del precio (artículo 102.3 LCSP). Pero también a la hora de imponer el rechazo de las ofertas anormalmente bajas que no cumplan con la normativa laboral, incluyendo lo dispuesto en los convenios colectivos de carácter sectorial, así como la obligación a los órganos de contratación de velar por su cumplimiento de las condiciones salariales una vez adjudicado el contrato, y erigiéndose su infracción en causa de imposición de penalidades.(...)”

El incumplimiento del artículo 100.2 de la LCSP supone la omisión de unos datos cuyo conocimiento es trascendental para la adjudicación y ejecución del contrato, pues sirve para justificar un correcto cálculo del valor estimado, y garantizar que la fijación del precio es ajustada a Derecho.”

Neste aspecto, o feito de que o propio informe do órgano de contratación expoña a posibilidade de desistir do procedemento de licitación en base a que “a información facilitada a efectos de subrogación podería xerar calquera tipo de desigualdade” sitúase na liña aquí exposta.

Se ben a fixación do orzamento dunha licitación é un elemento suxeito á discrecionalidade técnica do órgano de contratación, pois se presume que é o mellor coñecedor das características do contrato, esa presunción fundaméntase precisamente na existencia da necesaria análise dos elementos que configuran ese orzamento, algo que neste caso non se produciu.

Así, a maiores do dito, as alegacións da empresa recorrente ao respecto dalgunha das incorreccións no orzamento da licitación non parecen carecer de verosimilitude e non son rebatidas polo órgano de contratación no seu informe. Por exemplo, respecto á alegación de que o PPT inclúe servizos non cubertos polo persoal que se adscribe ao contrato, este Tribunal comprobou que o cadro de distribución horaria do PPT prevé un número de horas semanais a prestar durante o contrato superior ás horas indicadas no desglose dos gastos de persoal previstos no orzamento da licitación, o que por si mesmo impediría xa entender este como correcto.

Citando novamente a Resolución 46/2018:

“O órgano de contratación, polo tanto, conforme á regulación prevista na LCSP, debeu fixar as condicións económicas da licitación tendo en conta o obxecto do contrato e fundamentalmente, as definicións das funcións a realizar que veñen especificadas na cláusula 2 do PPT e, en base a elas e á vista do establecido no convenio colectivo de aplicación, fixar a categoría e o persoal necesario para levar a efecto o contrato, e calcular entón o orzamento e o valor estimado, sen que caiba partir dun mero automatismo do que derivaba da previa prestación deste servizo, sen prexuízo dos datos de interese que ese precedente poida aportar.

En resumo, é obriga do órgano de contratación determinar os traballos obxecto do contrato a licitar e, en base a tal análise, fixar o gasto do persoal necesario para levalos a cabo, en función das categorías profesionais e resto de condicións salariais fixadas polo convenio colectivo aplicable, pois así o esixen os artigos 100, 101 e 102 da LCSP. E esta obriga non se pode dar por cumprida coa simple mención do persoal a subrogar, pois iso pode supoñer unha incorrecta estimación do orzamento e do valor estimado do contrato.”

En conclusión, procede estimar o recurso presentado anulando o prego de cláusulas administrativas particulares no que se refire ao orzamento e valor estimado da licitación, ordenando a retroacción do procedemento de contratación ao momento anterior á súa aprobación, non procedendo xa analizar os outros motivos expostos no recurso.

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 SERCO 93 A MARIÑA S.L. contra os pregos da licitación do servizo de limpeza de dependencias públicas do Concello de Burela, cos efectos descritos no último do fundamentos.

2. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, 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 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.