

Recurso nº 99/2019**Resolución nº 103/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 6 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CLECE S.A. contra los pliegos de la contratación, por el Ayuntamiento de Quiroga, de la prestación del servicio de ayuda en el hogar a personas dependientes de ese Ayuntamiento, 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 Quiroga se convocó la licitación de la prestación del servicio de ayuda en el hogar a personas dependientes de ese Ayuntamiento, ID publicación: 502521, con un valor estimado declarado de 789.938,40 euros.

Segundo.- El 17.04.2019 CLECE S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación, 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 17.04.2019 se reclamó al Ayuntamiento de Quiroga 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). El expediente fue recibido en este Tribunal el día 23.04.2019 y el informe el 03.05.2019.

Cuarto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 24.04.2019, sin que se hubieran recibido alegaciones.

Quinto.- El 24.04.2019 se adoptó la medida cautelar de suspensión.

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.- La recurrente 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. Así se ha pronunciado este TACGal en Resoluciones anteriores, por ejemplo a 2/2018, 46/2018 o 52/2019.

Cuarto.- Los pliegos fueron publicados en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 04.04.2019, por lo que el recurso está interpuesto en plazo.

Quinto.- Tanto en el anuncio en el DOUE como en la cláusula primera del PCAP se define como contrato de servicios, por lo que al ser de valor estimado superior a los 100.000 € e impugnarse los pliegos, el recurso es admisible al amparo del artículo 44 LCSP.

Sexto.- El recurso tiene dos motivos de impugnación: no cabe un solo criterio de impugnación- aquí el precio-, y falta de desglose del presupuesto base de licitación.

Séptimo.- Comenzando por la referencia a los defectos en el presupuesto base de la licitación, ciertamente si acudimos a la cláusula tercera del pliego de cláusulas económico-administrativas principalmente todo gira alrededor del precio por hora y al número de horas. No hay indicación de forma desglosada y con desagregación de categoría profesional a los costes laborales estimados a partir del convenio laboral de referencia, ni, en definitiva a lo exigido por la LCSP, lo que obliga a anular tal cláusula tercera del pliego de cláusulas económico-administrativas y, en definitiva, lo que se refiere al presupuesto y valor estimado de la licitación.

Nos remitimos así a lo explicado ya en múltiples ocasiones por este TACGal, por ejemplo, en la Resolución 15/2019, con mención, en todo caso y frente a lo que parece indicar el informe del órgano de contratación, a que la obligación de los artículos 100 y 102 LCSP *“no se puede dar por cumplida con la simple mención del personal a subrogar”*:

“El único motivo de impugnación se centra en el indebido cálculo del presupuesto de la licitación en base a los costes salariales y en la falta de información en los pliegos de la licitación sobre el presupuesto y el convenio colectivo aplicable al personal. El recurrente alega que en base a las horas de prestación del servicio fijadas en el PPT, resulta un precio/hora a abonar inferior a los costes salariales directos derivados del convenio colectivo aplicable, sin ni siquiera tener en cuenta otra serie de gastos adicionales.

A este respecto, la regulación legal de los distintos importes económicos relevantes en una licitación aparece recogida en los artículos 100 a 102 de la LCSP.

El artículo 100 de la LCSP indica respecto al presupuesto base de la licitación:

“1. Para los efectos de esta ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que, en virtud del contrato, puede comprometer el órgano de contratación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del 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 desagregación de género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.”

Y el artículo 101 de la LCSP se refiere al valor estimado en los siguiente términos:

“2. 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 lo dispuesto en el artículo 204, se previera en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas. En los contratos de servicios y de concesión de servicios en que sea relevante la 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. (...)

10. En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades: a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial. b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si este es superior a doce meses.”

Con relación a la determinación del precio el artículo 102.3 de la LCSP, establece que:

“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y a la aplicación, de ser el caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellos servicios en que el coste económico principal sean los costes laborales, se deberán considerar los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.”

Este TACGal ya se pronunció en anteriores Resoluciones sobre supuestos similares al que se nos somete a examen en este recurso (así, Resoluciones 46/2018 y 10/2019). En la 46/2018 ya señalábamos:

“Cabe indicar, por lo tanto, que la fijación de los distintos elementos que hacen referencia al valor del contrato es una función esencial del órgano de contratación, con el fin de obtener “una eficiente utilización de los fondos” públicos (art. 1 LCSP) y permitir así una correcta ejecución contractual.”

Lo primero que debemos destacar en este caso es que no consta en los pliegos de la licitación el necesario desglose del presupuesto del contrato, ni mención al convenio colectivo de aplicación, lo que vulnera lo previsto en el artículo 100.2 de la LCSP, ni existe tampoco en el expediente remitido a este Tribunal informe justificativo del presupuesto fijado en la licitación en el que queden reflejados los cálculos realizados para conseguir el mismo.

Este deber de desglosar en los documentos de la licitación el presupuesto de la misma es una exigencia expresa recogida en el artículo 100 de la LCSP y, como tal, debe ser cumplida. Así lo expresa, por ejemplo, el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su 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.”

En ese sentido, la inexistencia en los pliegos de la licitación de cualquier información al respecto determina ya, de por sí, la necesidad de estimación del recurso presentado. La obligación fijada por el artículo 100 de la LCSP es clara y expresa, y tiene una incidencia fundamental en la configuración de las ofertas por los licitadores y, en consecuencia, en los principios rectores de la contratación pública (así lo señalamos en la Resolución 10/2019).

Igualmente, el hecho de que no exista en el expediente de la licitación remitido a este Tribunal ninguna justificación del presupuesto de la licitación impide ya a este Tribunal poder estimarlo como correcto, al resultar desconocidos los parámetros que sirvieron de base para su cálculo y no constar que se ajuste a los precios de mercado ni que se tuvieran especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación, como exigen los artículos anteriormente transcritos.

Y a ese respecto, el informe remitido por el órgano de contratación a este Tribunal no puede suplir las omisiones existentes en los pliegos de la licitación ni desvirtuar la relevancia de las mismas, puesto que, reiteramos, los deberes fijados en el artículo 100 de la LCSP respecto a la información a suministrar a los licitadores en relación con el presupuesto del contrato son ineludibles para el órgano de contratación.

Como exemplo de la relevancia de esa falta de la necesaria información, señalar que existen diferencias en el texto del recurso y en el informe remitido por el órgano de contratación sobre las categorías profesionales que según el convenio colectivo le corresponderían al personal adscrito al servicio, y que deberían explicitarse en el PCAP según el artículo 100.2 de la LCSP, sin que conste en el expediente de la licitación información al respecto.

Como señalamos en esa Resolución 46/2018:

“El órgano de contratación, por lo tanto, conforme a la regulación prevista en la LCSP, debió fijar las condiciones económicas de la licitación teniendo en cuenta el objeto del contrato y fundamentalmente, las definiciones de las funciones a realizar que vienen especificadas en la cláusula 2 del PPT y, en base a ellas y a la vista de lo establecido en el convenio colectivo de aplicación, fijar la categoría y el personal necesario para llevar a efecto el contrato, y calcular entonces el presupuesto y el valor estimado, sin que quepa partir de un mero automatismo que derivaba de la previa prestación de este servicio, sin perjuicio de los datos de interés que ese precedente pueda aportar.

En resumen, es obligación del órgano de contratación determinar los trabajos objeto del contrato a licitar y, en base a tal análisis, fijar el gasto del personal necesario para llevarlos a cabo, en función de las categorías profesionales y resto de condiciones salariales fijadas por el convenio colectivo aplicable, pues así lo exigen los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP. Y esta obligación no se puede dar por cumplida con la simple mención del personal a subrogar, pues eso puede suponer una incorrecta estimación del presupuesto y del valor estimado del contrato.”

Este Tribunal reconoce que la fijación del presupuesto de la licitación está dotada de discrecionalidad técnica, pues se presume que el órgano de contratación es el mejor conocedor de las características del contrato y quien elaboró un análisis de los precios de mercado y de las condiciones de la licitación en el interés de una correcta ejecución de la prestación contractual. Pero precisamente la inexistencia de ese análisis en el expediente de la licitación, como sucede en este caso, impide que se pueda entender como correcta la actuación del órgano de contratación.”

Octavo.- La otra crítica del recurso va referida a que el único criterio de adjudicación de esta licitación sea el precio.

El apartado cuarto del pliego de cláusulas económico-administrativas no deja dudas al respecto: *“Para la valoración de las ofertas y la determinación de la oferta más ventajosa se atenderá a un solo criterio de valoración, consistente en el factor precio.”* También el anuncio en el DOUE: *“II.2.5) Criterios de adjudicación. los criterios enumerados a continuación. Precio”*

El artículo 145.3.g) LCSP recoge:

“3. La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

(...)

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato; por consiguiente, el precio es el único factor determinante de la adjudicación.

En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales se fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésimo octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada se deberá aplicar más de un criterio de adjudicación.”

Aunque las incorrecciones antes descritas en el presupuesto nos impidan atender al dato de cuánto en el mismo viene influenciado por costes de personal, difícilmente podemos entender que no estamos en presencia, al menos, de un servicio intensivo de mano de obra (sin ya analizar si incluso es insertable en alguno de los otros citados en ese párrafo dos de la letra g), cuando del apartado 2 PPT aparece que las prestaciones contractuales son, básicamente, de desarrollo por la mano de obra que se dedicará al objeto contractual.

Situados entonces en ese párrafo de la letra g) del artículo 145.3, el mismo establece expresamente que “el precio no podrá ser el único factor determinante de la

adjudicación”, por lo que siendo esto lo que sucede en el apartado cuarto del pliego de cláusulas económico-administrativas debemos anular este. De hecho, el informe del órgano de contratación remitido ya recoge: *“...no le falta razón a la empresa en cuanto a que el propio apartado 3.g) establece que cuando se trate de contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación.”* y que *“esta secretaría considera que, al efecto de evitar dilaciones del procedimiento, sería conveniente incluir criterios de adjudicación distintos del precio, referidos a mejoras en el trato de las personas beneficiarias del servicio e, incluso, de la mejora profesional del propio personal que lo presta.”*

Además, son oportunas las reflexiones que sobre este artículo 145.3.g) hace la Resolución 990/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

“En este sentido debemos señalar que a nuestro entender el artículo 145.3.g) de la LCSP contiene una compleja estructura al establecer una regla general, una excepción y una contraexcepción. Así la regla general es que los contratos de servicios deberán tener varios criterios de adjudicación. Como excepción se permite que el precio sea el único criterio cuando las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase. Y finalmente se establece una contraexcepción enumerando una serie de contratos de servicios, entre ellos en los de servicios en intensa mano de obra, que en todo caso deberán tener más de un criterio de adjudicación, entre ellos. En tal sentido, aunque ciertamente el artículo 145.3.g) LCSP no diga taxativamente que los contratos de servicios enumerados en su párrafo segundo necesariamente deban tener más de un criterio de adjudicación, lo cierto es que así lo impone la lógica del precepto, puesto que si extendiéramos a los contratos de servicios enumerados en el párrafo segundo del art. 145.3.g) LCSP la excepción establecida en su párrafo primero para todos los contratos de servicios, ningún sentido tendría la mención especial que a ciertos contratos de servicios se hace en su párrafo segundo.

En el caso que nos ocupa, sí podemos entender con el órgano de contratación que el servicio licitado tiene las prestaciones perfectamente definidas técnicamente y no permite variar los plazos de entrega, ni introducir modificaciones de ninguna clase. Pero ello no necesariamente permite exceptuar el mandato de que los contratos de se adjudiquen atendiendo a una pluralidad de criterios si nos encontramos en alguno de los supuestos de contraexcepción que acabamos de mencionar, específicamente se menciona por el recurrente que estaríamos ante un supuesto de servicio intensivo en mano de obra.

El criterio de este Tribunal respecto de la definición de servicio intensivo en mano de obra se expone en recientes resoluciones como la 702/2018 de 20 de julio, la 738/2018 de 31 de julio, o la 745/2018 de 31 de julio. Concretamente el fundamento sexto de la primera de estas resoluciones sostiene que

“El término de contratos o actividades en mano de obra intensiva proviene del inglés laborintensive y designa aquellas actividades económicas que requieren un gran número de trabajadores en comparación con las exigencias de capital que precisan.

Al objeto de advenir que el presente contrato, que tiene por objeto la limpieza de edificios, es en mano de obra intensiva la recurrente aporta las estadísticas del Registro Mercantil de las que resulta que los gastos de personal suponen el 90% del total de gastos de las empresas de limpieza.

Atendiendo a dicho informe, elaborado sobre la base del contenido de los datos comunicados a los Registros Mercantiles correspondientes al ejercicio 2016, se observa que en el sector de las empresas de limpieza de edificios los gastos de personal supusieron el 90,89% en las microempresas; 95,10 % en las pequeñas; y 95,20% en las medianas.

A la vista de estos datos, y dado que el órgano de contratación no los ha desvirtuado aportando informe económico alguno, debe concluirse que los contratos de servicios de limpieza de edificios son contratos de intensiva mano de obra dado que su ejecución precisa de un gran número de trabajadores en comparación con las necesidades de capital que son precisas”.

En el presente caso si atendemos a la memoria económica se comprueba que del total de 352.500,00 euros en que se estiman los costes de ejecutar el trabajo, 326.887,5 euros corresponden a costes laborales. Es decir: el propio órgano de contratación admite que un 92.73 % de los costes son costes laborales. A la vista de este porcentaje no puede dudarse de que estamos en presencia de un contrato en mano de obra intensiva.

No cabe objetar, como hace el órgano de contratación, que lo que se está contratando es un servicio que se realiza bajo la dirección del contratista, pues tal característica es consustancial a cualquier contrato de servicios.

Es por ello que consideramos que concurre el vicio de ilegalidad sostenido por el recurrente, ya que la adjudicación del mismo debe depender de diversos criterios y no únicamente del precio.”

Por todo lo 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 los pliegos de la contratación, por el Ayuntamiento de Quiroga, de la prestación del servicio de ayuda en el hogar a personas dependientes de ese Ayuntamiento.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a 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 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.