

Recurso nº 115/2019**Resolución nº 107/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto pola ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA) contra o anuncio e os pregos da contratación do servizo de mantemento e conservación de xardíns e zonas verdes do Concello de Sada, expediente 2019/C004/000005, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Sada convocouse a licitación do do servizo de mantemento e conservación de xardíns e zonas verdes do Concello de Sada, expediente 2019/C004/000005, cun valor estimado declarado de 879.569,28 euros.

Segundo.- O 03.05.2019 a ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra os pregos da licitación no Concello de Sada, sendo recepcionado neste TACGal, xunto co expediente, o 06.05.2019.

Terceiro.- Con data 07.05.2019 reclamouse ao Concello de Sada 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 09.05.2019, onde se manifesta que, nese intre, non constan licitadores.

Cuarto.- O día 09.05.2019 este Tribuna adoptou a medida cautelar de suspensión do procedemento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis 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 aos 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.- O recurso preséntase en nome dunha asociación de empresarios do ámbito sectorial que se corresponde co obxecto contractual e diríxese contra os pregos da licitación, polo que ostenta a debida lexitimación en base ao previsto no artigo 48 da LCSP.

Cuarto.- O anuncio da licitación xunto cos pregos da licitación foron publicados o día 10.04.2019, polo que o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Tratándose da impugnación dun prego dun contrato de servizos cun valor estimado superior aos 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- O recorrente argumenta, por unha parte, diversos erros no cálculo do orzamento de licitación e incongruencias co resto de documentos da licitación.

Así, en primeiro lugar critica por diversos motivos os custos salariais fixados na licitación.

A este respecto, o informe do órgano de contratación a este recurso sinala que para a configuración da licitación *“optouse por calcular o custe anual total de todo o persoal do actual adxudicatario con dereito a subrogación”* e así se sinala tamén no

estudo económico do contrato. No expediente da licitación remitido a este Tribunal consta como única análise do persoal da licitación documento da empresa actualmente adxudicataria no que se analiza o reparto do persoal necesario nos diferentes lotes.

Este Tribunal xa se pronunciou en diversas ocasións sobre esta controversia. Na nosa Resolución 46/2018, citada xa noutras posteriores, e tras sinalar 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)”*, nos pronunciabamos sobre a problemática de cando o órgano de contratación ao fixar o orzamento se limita, basicamente, a incorporar os gastos do persoal a subrogar, sen analizar as condicións da licitación e as súas necesidades:

“Neste caso concreto, do contido do expediente o que resulta é que o Concello da Laracha non realizou ese cálculo dos gastos salariais do futuro contrato, limitándose exclusivamente a incorporar os importes indicados pola anterior adxudicataria. Así se desprende, por un lado, do contido da cláusula 4 do PCAP que ao facer referencia ao valor estimado e ao orzamento da licitación expresa literalmente: “Segundo os costes laborais aportado pola empresa saínte os dous peóns xardiñeiros a xornada laboral de 35h semanais obxecto de subrogación supoñen uns costes laborais de 33.528,04 € anuais”.

Cantidade esta que coincide exactamente cos gastos de persoal recollidos no desglose do orzamento da licitación.

O mesmo resulta da lectura do propio informe do órgano sobre este recurso, pois afirma literalmente que “esta Administración entende que su única obligación es plasmar la información veraz facilitada por la empresa”.

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.

Como vemos, o Concello basea a súa liña argumentativa no cumprimento da información referida á subrogación. Certamente o artigo 130 da LCSP regula a información a subministrar sobre as condicións da subrogación “cando unha norma legal, un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral impoña ao adxudicatario a obrigaón de subrogarse”. Pero, neste punto, é oportuno aclarar que cumprir co previsto nese artigo 130 respecto á información a facilitar aos licitadores, non exime de facer as análises dos artigos que regulan as condicións económicas da contratación (arts. 100-102 LCSP), a efectos do orzamento e valor estimado. (...)

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.”

Centrados no alegado no recurso, este sinala que non se incluíron os gastos correspondentes a un técnico, esixido polos pregos da licitación, argumentación ante a cal o órgano de contratación non ofrece específica resposta no seu informe.

Ao respecto observamos que a cláusula 9.4 do PPT establece en relación ao persoal:

“Á fronte deste persoal deberá existir un técnico de grao medio titulado na rama agrícola ou forestal ou no seu defecto un capataz agrario, os cales deberán revisar os traballos e manter informado en todo momento aos técnicos e persoal do Concello que llo requira, sen prexuízo doutros mecanismos de información previstos neste Prego. O encargado, ademais, deberá reflexar nun informe quincenal (en outono e inverno) ou semanal (en primavera e verán) os traballos realizados así como calquera

outra circunstancia que se considere de importancia ou que afecte a forma e á organización das tarefas”

A redacción desta cláusula, na que se concreta a titulación e as funcións dese persoal técnico asignándolle entre outras a tarefa de realización de informes incluso semanais, leva a entender que o mesmo debeu ser obxecto de valoración no cálculo do orzamento, pois a súa actividade, na porcentaxe que o órgano de contratación estime necesaria, forma indubidablemente parte integrante da propia prestación contractual, sen que o informe remitido aporte razóns para desvirtualo. E nese sentido, ao aparecer que o órgano de contratación basicamente trasladou ao orzamento os cálculos salariais do persoal suxeito a subrogación, isto confirmaría que lle impediu configurar ese orzamento de conformidade coas esixencias que o propio órgano establecía nas condicións da licitación.

Cuestión similar sucede coa alegación do recorrente relativa ao erróneo cálculo das cargas de Seguridade Social, *“ya que aplican un porcentaje para calcular los costes de las cargas sociales para la empresa inferiores al real en más de 6 puntos porcentuales”*. Tampouco nada ao respecto se recolle no informe do órgano de contratación, que se limita a defender de xeito xenérico que o Concello se limitou a cumprir a obriga de información sobre o persoal a subrogar establecida no artigo 130 da LCSP e que *“non pode alterar a información suministrada polo anterior adjudicatario”*.

A este respecto, en primeiro lugar, debemos remitirnos ao sinalado na Resolución 46/2018 citada anteriormente, no sentido de que se debe diferenciar o deber de información recollido no artigo 130 da LCSP do cumprimento do previsto nos artigos 11 e seguintes sobre a correcta fixación das condicións económicas da licitación.

Pero ademais, en segundo lugar, compre salientar as distorsións no camiño de sinalar que se fundamentaron nos custos de persoal da actual adxudicataria para fixar o orzamento da licitación e engadir que non pode alteralos, pois determinaría un resultado onde quedaría no eido desta empresa a fixación das condicións económicas do contrato licitado.

O recorrente fai outra serie de alegacións sobre incorrectos cálculos e deficiencias noutros custos do orzamento, indicando o órgano de contratación ao respecto o seguinte:

“Certamente hai diversos erros menores na documentación contractual, como o de reflectir 3 euros hora como prezo dun camión, cando o correcto é 30 euros”

Pois ben, se acudimos ao estudo económico do contrato, observamos que se aplicamos simplemente este erro recoñecido polo órgano de contratación, resulta un aumento nos custos estimados na licitación dun total de 11.475 euros para ambos lotes, o que excede xa do importe previsto como beneficio industrial para o conxunto da licitación, 11.087,01 euros.

Este feito recoñecido no informe impide tamén que este Tribunal poida entender que o orzamento se axustase aos prezos do mercado, sen que a simple argumentación de que o importe desta licitación é superior á anterior sexa argumento suficiente na defensa da postura do Concello. Todo o cal determina que se deba estimar este motivo de impugnación.

Sétimo.- A recorrente impugna tamén a cláusula décima sobre criterios de adxudicación, en canto ao referido a “2º. *Propostas concretas de remodelación de zonas verdes (de 0 ata 15 puntos).*” - este dentro dos cuantificables automaticamente e ao conxunto dos “*Criterios cuxa ponderación dependa dun xuízo de valor: Memoria técnica*”.

ASEJA considera que:

“Esta redacción genérica e imprecisa supón una evidente inseguridad para los licitadores que quieran concurrir a la referida licitación; ya que no pueden discernir razonablemente qué criterios seguirá el Órgano de Contratación para valorar las proposiciones, decidir por la mejor y ponderar en relación a ésta.

Consideramos que lo expuesto no se adecúa ni es conforme al Procedimiento de contratación pública, ya que la ponderación del Criterio evaluable no se hace mediante la aplicación de una fórmula proporcional, ni se especifica qué tipo de proporción se va a efectuar, ni la base para efectuar dicho cálculo.

No es posible, a nuestra consideración, conocer de manera suficiente cómo se va a valorar, ni en base a qué se van a llegar a las diferentes puntuaciones.”

Certamente os principios reitores básicos da contratación pública esixen que tanto a descrición dos criterios de adxudicación como a determinación das regras de ponderación dos mesmos queden fixados co necesario nivel de concreción nos

pregos, permitindo aos licitadores coñecer de antemán cales serán as regras precisas que rexerán na valoración das súas ofertas e evitando que se poidan producir arbitrariedades, cuxos parámetros non poden quedar discrecionalmente en mans do órgano de contratación (Sentenza do TXUE do 24 de novembro de 2008, Asunto Alexandroupulis)

Agora ben, este TACGal non comparte as consideracións do recurso. Como é amplamente coñecido a potestade de configuración do contrato corresponde aos órganos contratantes, sen que os recorrentes, que lexitimamente poden discrepar, poidan pretender converterse en tales.

Neste sentido, os criterios de adxudicación referidos teñen unha descrición suficiente para que os licitadores poidan adecuar as súas ofertas ás mesmas, expresando as puntuacións atribuíbles, incluso entre os distintos subapartados nos que se divide a puntuación da memoria técnica, o que impide apreciar que a súa redacción determine que a posterior avaliación vaia incorrer en arbitrariedade ou discriminación, sen que o recorrente nos concrete en que sentido isto non é así, máis aló de consideracións xenéricas sobre as características dos criterios de adxudicación.

Oitavo.- O recurso expresa tamén é que mentres a cláusula sétima do PCAP recolle que o prazo de execución do contrato será de 4 anos, con posibilidade dunha prórroga de duración de 1 ano, no anuncio de licitación, na memoria xustificativa e no PPT e incluso no cadro resumo PCAP recóllese que o prazo de execución son 3 anos prorrogable por 1 ano. Como sinala o órgano de contratación, ese feito foi corrixido mediante resolución que foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos do Sector Público o 29.04.2019.

Tamén impugna ASEJA, dentro do anuncio da licitación, a información subministrada respecto do remate do prazo para interpoñer o recurso especial. Dado que o presente recurso xa foi admitido como presentado en prazo, carece entón de obxecto presente esta alegación.

En definitiva, procede estimar parcialmente o recurso presentado e anular o orzamento e valor estimado da licitación, de acordo co sinalado no fundamento xurídico sexto desta resolución.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto pola ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA) contra o anuncio e os pregos da contratación do servizo de mantemento e conservación de xardíns e zonas verdes do Concello de Sada.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. 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.