

**Recurso nº 115/2019****Resolución nº 107/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA) contra el anuncio y los pliegos de la contratación del servicio de mantenimiento y conservación de jardines y zonas verdes del Ayuntamiento de Sada, expediente 2019/C004/000005, 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 Sada se convocó la licitación del servicio de mantenimiento y conservación de jardines y zonas verdes del Ayuntamiento de Sada, expediente 2019/C004/000005, con un valor estimado declarado de 879.569,28 euros.

**Segundo.-** El 03.05.2019 la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA) interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la licitación en el Ayuntamiento de Sada, siendo recepcionado en este TACGal, junto con el expediente, el 06.05.2019.

**Tercero.-** Con fecha 07.05.2019 se reclamó al Ayuntamiento de Sada 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 09.05.2019, donde se manifiesta que, en ese momento, no constan licitadores.

**Cuarto.-** El día 09.05.2019 este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

## 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 lo 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.-** El recurso se presenta en nombre de una asociación de empresarios del ámbito sectorial que se corresponde con el objeto contractual y se dirige contra los pliegos de la licitación, por lo que ostenta la debida legitimación en base a lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

**Cuarto.-** El anuncio de la licitación junto con los pliegos de la licitación fueron publicados el día 10.04.2019, por lo que el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

**Quinto.-** Tratándose de la impugnación de un pliego de un contrato de servicios con un valor estimado superior a los 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

**Sexto.-** El recurrente argumenta, por una parte, diversos errores en el cálculo del presupuesto de licitación e incongruencias con el resto de documentos de la licitación.

Así, en primer lugar critica por diversos motivos los costes salariales fijados en la licitación.

A este respecto, el informe del órgano de contratación a este recurso señala que para la configuración de la licitación “se optó por calcular el coste anual total de todo el personal del actual adjudicatario con derecho a la subrogación” y así se señala también en el estudio económico del contrato. En el expediente de la licitación remitido a este Tribunal consta como único análisis del personal de la licitación documento de la empresa actualmente adjudicataria en el que se analiza el reparto del personal necesario en los diferentes lotes.

Este Tribunal ya se pronunció en diversas ocasiones sobre esta controversia. En nuestra Resolución 46/2018, citada ya en otras posteriores, y tras señalar 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)”, nos pronunciábamos sobre la problemática de cuando el órgano de contratación al fijar el presupuesto se limita, básicamente, a incorporar los gastos del personal a subrogar, sin analizar las condiciones de la licitación y sus necesidades:

*“En este caso concreto, del contenido del expediente lo que resulta es que el Ayuntamiento de la Laracha no realizó ese cálculo de los gastos salariales del futuro contrato, limitándose exclusivamente a incorporar los importes indicados por la anterior adjudicataria. Así se desprende, por un lado, del contenido de la cláusula 4 del PCAP que al hacer referencia al valor estimado y al presupuesto de la licitación expresa literalmente: “Según los costes laborales aportado por la empresa saliente los dos peones jardineros la jornada laboral de 35h semanales objeto de subrogación suponen unos costes laborales de 33.528,04 € anuales”.*

*Cantidad esta que coincide exactamente con los gastos de personal recogidos en el desglose del presupuesto de la licitación.*

*Lo mismo resulta de la lectura del propio informe del órgano sobre este recurso, pues afirma literalmente que “esta Administración entiende que su única obligación es plasmar la información veraz facilitada por la empresa”.*

*Este proceder no se ajusta a la regulación legal de la LCSP. El órgano de contratación es el responsable de la fijación de las condiciones de la licitación, y entre ellas, lógicamente, tiene una especial relevancia el aspecto económico de la misma. Un automatismo, en cuanto que el presupuesto de la licitación sea la mera*

*plasmación de los datos facilitados por la empresa que prestaba el servicio sin analizar su ajuste a las condiciones de la nueva licitación, incumple lo previsto en la legislación contractual reproducida, unido a que supondría, de hecho, dejar en sus manos la fijación de las condiciones de la nueva licitación.*

*Como vemos, el Ayuntamiento basa su línea argumentativa en el cumplimiento de la información referida a la subrogación. Ciertamente el artículo 130 de la LCSP regula la información a suministrar sobre las condiciones de la subrogación “cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse”. Pero, en este punto, es oportuno aclarar que cumplir con el previsto en ese artículo 130 respecto a la información a facilitar a los licitadores, no exime de hacer los análisis de los artículos que regulan las condiciones económicas de la contratación (arts. 100-102 LCSP), a efectos del presupuesto y valor estimado. (...)*

*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 del que derivaba de la previa prestación de este servicio, sin perjuicio de los datos de interés que ese precedente pueda aportar.*

*En resumen, es deber 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.”*

Centrados en lo alegado en el recurso, este señala que no se incluyeron los gastos correspondientes a un técnico, exigido por los pliegos de la licitación, argumentación ante el cual el órgano de contratación no ofrece específica respuesta en su informe.

Al respecto observamos que la cláusula 9.4 del PPT establece en relación al personal:

*“Al frente de este personal deberá existir un técnico de grado medio titulado en la rama agrícola o forestal o en su defecto un capataz agrario, los cuales deberán revisar los trabajos y mantener informado en todo momento a los técnicos y personal del Ayuntamiento que se lo requiera, sin perjuicio de otros mecanismos de información previstos en este Pliego. El encargado, además, deberá reflejar en un informe quincenal (en otoño e invierno) o semanal (en primavera y verano) los trabajos realizados así como cualquier otra circunstancia que se considere de importancia o que afecte a la forma y a la organización de las tareas”*

La redacción de esta cláusula, en la que se concreta la titulación y las funciones de ese personal técnico asignándole entre otras la tarea de realización de informes incluso semanales, lleva a entender que el mismo debió ser objeto de valoración en el cálculo del presupuesto, pues su actividad, en el porcentaje que el órgano de contratación estime necesaria, forma indudablemente parte integrante de la propia prestación contractual, sin que el informe remitido aporte razones para desvirtuarlo. Y en ese sentido, al aparecer que el órgano de contratación básicamente trasladó al presupuesto los cálculos salariales del personal sujeto a subrogación, esto confirmaría que le impidió configurar ese presupuesto de conformidad con las exigencias que el propio órgano establecía en las condiciones de la licitación.

Cuestión similar sucede con la alegación del recurrente relativa al erróneo cálculo de las cargas de Seguridad 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”*. Tampoco nada al respecto se recoge en el informe del órgano de contratación, que se limita a defender de forma genérica que el Ayuntamiento se limitó a cumplir el deber de información sobre el personal a subrogar establecida en el artículo 130 de la LCSP y que *“no puede alterar la información suministrada por el anterior adjudicatario”*.

A este respecto, en primer lugar, debemos remitirnos a lo señalado en la Resolución 46/2018 citada anteriormente, en el sentido de que se debe diferenciar el deber de información recogido en el artículo 130 de la LCSP del cumplimiento de lo previsto en los artículos 11 y siguientes sobre la correcta fijación de las condiciones económicas de la licitación.

Pero además, en segundo lugar, es necesario destacar las distorsiones en el camino de señalar que se fundamentaron en los costes de personal de la actual adjudicataria para fijar el presupuesto de la licitación y añadir que no puede alterarlos,

pues determinaría un resultado donde quedaría en el ámbito de esta empresa la fijación de las condiciones económicas del contrato licitado.

El recurrente hace otra serie de alegaciones sobre incorrectos cálculos y deficiencias en otros costes del presupuesto, indicando el órgano de contratación al respecto lo siguiente:

*“Ciertamente hay diversos errores menores en la documentación contractual, como lo de reflejar 3 euros hora como precio de un camión, cuando el correcto es 30 euros”*

Pues bien, si acudimos al estudio económico del contrato, observamos que si aplicamos simplemente este error reconocido por el órgano de contratación, resulta un aumento en los costes estimados en la licitación de un total de 11.475 euros para ambos lotes, lo que excede ya del importe previsto como beneficio industrial para el conjunto de la licitación, 11.087,01 euros.

Este hecho reconocido en el informe impide también que este Tribunal pueda entender que el presupuesto se ajustase a los precios del mercado, sin que la simple argumentación de que el importe de esta licitación es superior a la anterior sea argumento suficiente en la defensa de la postura del Ayuntamiento. Todo lo cual determina que se deba estimar este motivo de impugnación.

**Séptimo.-** La recurrente impugna también la cláusula décima sobre criterios de adjudicación, en cuanto a lo referido a “2º. *Propuestas concretas de remodelación de zonas verdes (de 0 hasta 15 puntos).*” - este dentro de los cuantificables automáticamente- y al conjunto de los “*Criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor: Memoria técnica*”.

ASEJA considera que:

*“Esta redacción genérica e imprecisa supone 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 adecua 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.”*

Ciertamente los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que regirán en la valoración de sus ofertas y evitando que se puedan producir arbitrariedades, cuyos parámetros no puedan quedar discrecionalmente en manos del órgano de contratación (Sentencia del TGUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis)

Ahora bien, este TACGal no comparte las consideraciones del recurso. Como es ampliamente conocido la potestad de configuración del contrato corresponde a los órganos contratantes, sin que los recurrentes, que legítimamente pueden discrepar, puedan pretender convertirse en tales.

En este sentido, los criterios de adjudicación referidos tienen una descripción suficiente para que los licitadores puedan adecuar sus ofertas a las mismas, expresando las puntuaciones atribuibles, incluso entre los distintos subapartados en los que se divide la puntuación de la memoria técnica, lo que impide apreciar que su redacción determine que la posterior evaluación vaya a incurrir en arbitrariedad o discriminación, sin que el recurrente nos concrete en que sentido esto no es así, más allá de consideraciones genéricas sobre las características de los criterios de adjudicación.

**Octavo.-** El recurso expresa también que mientras la cláusula séptima del PCAP recoge que el plazo de ejecución del contrato será de 4 años, con posibilidad de una prórroga de duración de 1 año, en el anuncio de licitación, en la memoria justificativa y en el PPT e incluso en el cuadro resumen PCAP se recoge que el plazo de ejecución son 3 años prorrogable por 1 año. Como señala el órgano de contratación, ese hecho fue corregido mediante resolución que fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público el 29.04.2019.

También impugna ASEJA, dentro del anuncio de la licitación, la información suministrada respecto del plazo final para interponer el recurso especial. Dado que el

presente recurso ya fue admitido como presentado en plazo, carece entonces de objeto presente esta alegación.

En definitiva, procede estimar parcialmente el recurso presentado y anular el presupuesto y valor estimado de la licitación, de acuerdo con el señalado en el fundamento jurídico sexto de esta resolución.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA) contra el anuncio y los pliegos de la contratación del servicio de mantenimiento y conservación de jardines y zonas verdes del Ayuntamiento de Sada.

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 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.