

Recurso nº 118/2019**Resolución nº 121/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 27 de maio de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por SERVICIOS GALLEGOS DE LACERÍA S.L. contra os pregos da licitación do servizo de xestión do centro de recollida de animais “Refuxio de Mougá”, incoado pola Mancomunidade de Concellos da comarca de Ferrol, expediente 2019007635, 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.- Pola Mancomunidade de concellos da comarca de Ferrol convocouse a licitación do contrato do servizo de xestión do centro de recollida de animais “Refuxio de Mougá”, cun valor estimado declarado de 992.231,40 euros.

Segundo.- O día 06.05.2019 SERVICIOS GALLEGOS DE LACERÍA S.L. interpuxo recurso especial en materia de contratación contra os pregos da licitación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal.

Terceiro.- Recibido 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), trasladouse o recurso aos interesados, presentándose alegacións pola empresa MAS CUIDADOS MULTISERVICIOS S.L.

Cuarto.- O 14.05.2019 acordouse a medida cautelar de suspensión.

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.- 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.

Cuarto.- O anuncio e os pregos da licitación foron publicados o día 11.04.2019, polo que o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Impugnándose os pregos dunha licitación dun contrato de servizos cun valor estimado superior aos 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- O recorrente impugna os pregos da licitación con base na indebida estimación do orzamento da licitación en canto, por un lado, aos custos salariais e, polo outro, ao cálculo dun conxunto de custos directos. O órgano de contratación e a empresa alegante opóñense ao contido do recurso.

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 deberanse 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, deberanse 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, considerárase 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. (...)

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, deberanse considerar os termos económicos dos convenios colectivos sectoriais, nacionais, autonómicos e provinciais aplicables no lugar de prestación dos servizos.”

Este TACGal xa se pronunciou sobre o cálculo do orzamento dunha licitación. Na 46/2018 xa sinalábamos:

“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.”

Igualmente, debemos resaltar que a determinación do orzamento da licitación é competencia do órgano de contratación e, como tal, integrada no ámbito da súa discrecionalidade técnica, polo que é carga do recorrente acreditar ante este Tribunal erro ou incongruencia clara e suficiente ou que necesariamente determine a imposibilidade de cumprir a prestación contractual.

Como sinala tamén o TACRC na súa Resolución 369/2019, con cita doutras anteriores:

“Así, este Tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras). En la primera de dichas resoluciones, con cita de la resolución 358/2015 decíamos a este respecto que “... al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas,...”.

O primeiro que apreciamos neste expediente é que o órgano de contratación cumpriu coa obriga formal de desagregación do orzamento da licitación segundo esixe

o artigo 100 LCSP, coa indicación de custes directos e indirectos e detalle dos gastos de persoal, todo o cal permite concluír, como sinalamos xa anteriormente, que o órgano de contratación realizou a súa función de analizar e determinar as condicións da licitación, debendo este Tribunal respectar a súa discrecionalidade técnica, salvo que das alegacións do recorrente se nos mostre con claridade erro ou deficiencia que determinen a anulación do orzamento por impedir a viabilidade da licitación.

A recorrente argumenta posibles incongruencias nos cálculos do orzamento, así como que os custos estimados non se axustan, en numerosos casos, a prezos de mercado.

En primeiro lugar, no referente aos custes salariais, fundaméntase exclusivamente a súa incorrección en base á interpretación que expón o recurso da sentenza do TXUE de 21.02.2018 no Asunto C-518/2015, realizando en base a iso unha serie de cálculos alternativos aos do órgano de contratación. Sen embargo, este argumento non pode ser acollido por este Tribunal por diversos motivos.

Por un lado, se nos centramos no contido desa sentenza, non semella que o suposto de feito alí enxuzado -referido a un traballador dun servizo de emerxencia e cunhas esixencias moi determinadas- sexa extrapolable directamente a este caso, como pretende o recorrente, nin esa directa aplicación parece resultar do contido das condicións da licitación citadas no recurso. En todo caso, nada argumenta o recorrente ao respecto para fundamentar esa aplicación.

Ademais, partindo de que non se sinala no recurso posible infracción da normativa ou convenio colectivo aplicable, que o órgano indica non existe, esa xeneralización polo recorrente do establecido nesa sentenza loxicamente non pode determinar a invalidez desta licitación, máis aínda se temos en conta que, como sinala o órgano de contratación, o servizo na actualidade se presta nas mesmas condicións que as fixadas nesta licitación.

Os seguintes argumentos do recurso céntranse en desenvolver a súa propia estimación do que serían os custos directos nesta licitación, con detalle de cada un dos que considera deberían terse incluído. Xa anticipamos que esta liña argumentativa dificilmente pode ser acollida por este Tribunal, que non pode substituír o criterio do órgano de contratación como mellor coñecedor das condicións da licitación e defensor dos intereses xerais, por outros cálculos propios do recorrente en tanto non demostren

erro manifesto nas condicións da licitación que impida a viabilidade da mesma, por non axustarse aos prezos do mercado.

Nese sentido, o que se nos presenta son cálculos diferentes e alternativos aos do órgano de contratación, que non poden desvirtuar en canto tales, a presunción iuris tantum de acerto que lle corresponde á Administración.

De feito, eses cálculos presentados no recurso non só son rebatidos polo informe do órgano a este recurso, con argumentos razoados e suficientes, senón que tamén a empresa alegante neste procedemento considera como desproporcionados, excesivos e mal calculados varios dos sinalados no recurso.

Así, a recorrente indica a necesidade dunha partida de contía moi considerable por gastos de reparación e mantemento, sen aportar xustificación, gastos que tanto o órgano como a alegante negan a súa necesidade. Igualmente, por exemplo, sinala unha serie de cálculos sobre gastos en combustible ou tratamento dos animais que non só non desvirtúan os do órgano de contratación, senón que dos argumentos dos outros intervenientes nestes recurso semellan ter menor verosimilitude.

En definitiva, o recurso presentado non acredita erro ou incongruencia nas condicións da licitación que a fagan inviable, senón que unicamente se pretende substituír o criterio técnico do órgano de contratación polos cálculos propios do recorrente, o que determina a desestimación do recurso.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por SERVICIOS GALLEGOS DE LACERÍA S.L. contra os pregos da licitación do servizo de xestión do centro de recollida de animais “Refuxio de Mougá”, incoado pola Mancomunidade de Concellos da comarca de Ferrol, expediente 2019007635.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

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 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.