

Recurso nº 9/2019

Resolución nº 15/2019

**RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 18 de xaneiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. C.F.S. actuando en nome e representación de INFOBIBLIOTECAS, S.L. contra os pregos que rexen a licitación do contrato de servizos de xestión da ludoteca municipal Concello de Carballo, expediente SER 28/2018, 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 Carballo convocouse a licitación do contrato de servizos bibliotecarios municipais, cun valor estimado declarado de 119.753,16 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE e na Plataforma de Contratación do Sector Público o día 15.12.2018, publicándose os pregos da licitación o día 17.12.2018.

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 adiante).

Terceiro.- O recorrente impugna o PCAP por entender que o orzamento da licitación non se corresponde cos prezos de mercado, vulnerando o disposto na LCSP.

Cuarto.- O día 08.01.2019 INFOBIBLIOTECAS, S.L. 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.- Na mesma data reclamouse ao Concello de Carballo 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 11.01.2018.

Sexto.- O Concello traslada a inexistencia de licitadores, polo que non existiu ese trámite de audiencia.

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.

Cuarto.- En base ás datas sinaladas con anterioridade, o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Impugnándose os pregos da licitación dun contrato de servizos por valor estimado superior a 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- O recorrente alega a vulneración do previsto nos artigos 100 e 101 da LCSP, posto que ao seu entender o orzamento da licitación non é conforme aos prezos de mercado e non se tiveron en conta para o seu cálculo os custos salariais derivados do convenio colectivo de aplicación, ademais de non existir nos pregos referencia a eses custos e ao convenio aplicable.

Sétimo.- O órgano de contratación defende a viabilidade económica da licitación e acompaña informe xustificativo ao respecto no que se analizan os custos salariais do persoal que debe ser obxecto de subrogación segundo o convenio colectivo aplicable.

Oitavo.- O único motivo de impugnación céntrase no indebido cálculo do orzamento da licitación en base aos custos salariais e na falta de información nos pregos da licitación sobre o orzamento e o convenio colectivo aplicable ao persoal. O recorrente alega que en base ás horas de prestación do servizo fixadas no PPT, resulta un prezo/hora a abonar inferior aos custos salariais directos derivados do convenio colectivo aplicable, sen nin sequera ter en conta outra serie de gastos adicionais.

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.”

Este TACGal xa se pronunciou en anteriores Resolucións sobre supostos similares ao que se nos somete a exame neste recurso (así, Resolucións 46/2018 e 10/2019). 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.”

O primeiro que debemos salientar neste caso é que non consta nos pregos da licitación o necesario desglose do orzamento do contrato, nin mención ao convenio colectivo de aplicación, o que vulnera o previsto no artigo 100.2 da LCSP, nin existe tampouco no expediente remitido a este Tribunal informe xustificativo do orzamento fixado na licitación no que queden reflectidos os cálculos realizados para acadar o mesmo.

Este deber de desagregar nos documentos da licitación o orzamento da mesma 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.”

Nese sentido, a inexistencia nos pregos da licitación de calquera información ao respecto determina xa, de por si, a necesidade de estimación do recurso presentado. A obriga fixada polo artigo 100 da LCSP é clara e expresa, e ten unha incidencia fundamental na configuración das ofertas polos licitadores e, en consecuencia, nos principios reitores da contratación pública (así o sinalamos na Resolución 10/2019).

Igualmente, o feito de que non exista no expediente da licitación remitido a este Tribunal ningunha xustificación do orzamento da licitación impide xa a este Tribunal poder estimalo como correcto, ao resultar descoñecidos os parámetros que serviron de base para o seu cálculo e non constar que se axuste aos prezos de mercado nin que se tivesen especialmente en conta os custos laborais derivados dos convenios colectivos sectoriais de aplicación, como esixen os artigos anteriormente transcritos.

E a ese respecto, o informe remitido polo órgano de contratación a este Tribunal non pode suplir as omisións existentes nos pregos da licitación nin desvirtuar a relevancia das mesmas, posto que, reiteramos, as obrigas fixadas no artigo 100 da LCSP respecto á información a subministrar aos licitadores en relación co orzamento do contrato son ineludibles para o órgano de contratación.

Como exemplo da relevancia desa falta da necesaria información, sinalar que existen diferencias no texto do recurso e no informe remitido polo órgano de contratación sobre as categorías profesionais que segundo o convenio colectivo lle corresponderían ao persoal adscrito ao servizo, e que deberían explicitarse no PCAP segundo o artigo 100.2 da LCSP, sen que conste no expediente da licitación información ao respecto.

Como sinalamos nesa 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.”

Este Tribunal reconece que a fixación do orzamento da licitación está dotada de discrecionalidade técnica, pois se presume que o órgano de contratación é o mellor coñecedor das características do contrato e quen elaborou unha análise dos prezos de mercado e das condicións da licitación no interese dunha correcta execución da prestación contractual. Pero precisamente a inexistencia desa análise no expediente da licitación, como sucede neste caso, impide que se poida entender como correcta a actuación do órgano de contratación.

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 INFOBIBLIOTECAS, S.L. contra os pregos que rexen a licitación do contrato de servizos de xestión da ludoteca municipal Concello de Carballo, expediente SER 28/2018.

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.