

Recurso nº 12/2019**Resolución nº 20/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 28 de xaneiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. X.A.G. actuando en nome e representación de ATLANTIC PONTE 2000, S.L.U. contra os pregos da licitación do servizo de atención ao alumnado en réxime de internamento e outros servizos auxiliares a prestar no edificio residencia do Centro Superior de Hostelería de Galicia, expediente 2018-113, licitado pola Axencia Turismo de Galicia, 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 Axencia Turismo de Galicia convocouse a licitación do contrato do servizo de atención ao alumnado en réxime de internamento e outros servizos auxiliares a prestar no edificio residencia do Centro Superior de Hostelería de Galicia, cun valor estimado declarado de 131.632,12 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 19.12.2018.

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 os pregos da licitación por vulneración na fixación do orzamento da licitación do previsto nos artigos 100, 101 e 102 da LCSP.

Cuarto.- O día 11.01.2019 ATLANTIC PONTE 2000 S.L.U. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces cara isto na web deste Tribunal.

Quinto.- Na mesma data reclamouse á Axencia Turismo de Galicia 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). O expediente foi recibido neste Tribunal o día 17.01.2019 e o informe o día 21.01.2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 17.01.2019, sen que se recibiran alegacións.

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 virtude das datas sinaladas con anterioridade, o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

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

Sexto.- O recorrente alega a vulneración do disposto nos artigos 100 e seguintes da LCSP por entender que o prezo máximo fixado na licitación determina que esta sexa antieconómica. Sinala que aplicando o importe do salario mínimo interprofesional para o ano 2019 o salario bruto por hora dun traballador xa é superior ao prezo máximo por hora fixado na licitación, polo que entende que non se tiveron en conta os custos laborais na determinación do orzamento.

Ademais, impugna que os pregos non desagregan os custos salariais en contradición co previsto no artigo 100.2 da LCSP.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao texto do recurso, indicando que deu cumprimento ao esixido no artigo 100.2 da LCSP, pois existe nos pregos unha desagregación dos custes do contrato. Sinala igualmente que o orzamento se realizou en atención á experiencia da Axencia Turismo de Galicia e que se fixou con anterioridade á aprobación do salario mínimo interprofesional para o ano 2019.

Ademais, alega a discrecionalidade técnica do órgano de contratación neste ámbito.

Oitavo.- O recurso fundaméntase na incorrecta estimación do orzamento da licitación, pois o mesmo, a xuízo do recorrente, determina que a prestación contractual sexa economicamente inviable e non tivo en conta os custos salariais dos traballadores, ademais de que o dito orzamento non aparece desagregado no PCAP conforme esixe o artigo 100 da LCSP.

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 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 previse 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 previse 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. (...)

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, 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 en diversas Resolucións ao respecto da transcendencia do cálculo do orzamento do contrato a realizar polo órgano de contratación e o seu necesario reflexo no PCAP (así, Resolucións 46/2018, 10/2019, 14/2019 e 15/2019). Na 46/2018 xa advertíamos que:

“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 deber de desagregar nos documentos da licitación o orzamento da mesma é unha esixencia expresamente recollida no artigo 100 da LCSP e, como tal, debe ser cumprida. Neste sentido, xa debemos salientar que non consta no expediente desta licitación desagregación do orzamento do contrato nos termos esixidos por ese artigo 100 LCSP. A cláusula A.2 do cadro de características do PCAP unicamente recolle unha división do orzamento da licitación por meses, sinalando os días e horas de cada mes, e multiplicando o prezo hora da licitación por esas horas mensuais para alcanzar así o orzamento global mensual e, consecuentemente, o orzamento total da licitación, o que non cumpre coas esixencias establecidas pola LCSP.

Lembremos que o artigo 100.2 establece con claridade os termos nos que se debe facer constar esa obrigada desagregación de custos, esixindo que *“indicaranse os custos directos e indirectos e outros eventuais gastos calculados para a súa determinación”*. E para os casos, coma o presente no que se inclúan gastos salariais, especifica que ademais *“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”*.

Debemos salientar que neste aspecto a nova regulación prevista na LCSP supón unha diferenza substancial respecto ao réxime xurídico anterior, establecendo unha esixencia expresa de desagregación do orzamento e de indicación dos custos salariais, como mostra da relevancia que a propia lei lle outorga as cuestións de índole laboral. Así o expresa, por exemplo, o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC) na súa Resolución 632/2018, na que expresamente modifica a súa anterior doutrina ao respecto tras a entrada en vigor da LCSP, e refire que *“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”*. O que lle leva a sinalar que esa intensidade *“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)”*.

E nese sentido conclúe indicando que *“se ha de concluir que existe una mayor vinculación, intensidad y deber cuidado por el respeto a la normativa laboral, del que se deriva para el órgano de contratación un deber de vigilancia que antes no existía. Por tanto, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado”*.

Así, 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).

Como sinala o Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía na súa Resolución 271/2018 (con cita no mesmo sentido da súa Resolución 233/2018):

“Pues bien, aun cuando el órgano de contratación manifiesta que se desglosan los costes salariales, dicha afirmación no es del todo cierta pues en los pliegos se determina el coste salarial global pero no de forma desglosada y con desagregación de genero y categoría profesional.

En definitiva, el problema se centra en la existencia de un desajuste del presupuesto base de licitación y, consecuentemente, del valor estimado del contrato que no se encuentran correctamente configurados conforme a lo anteriormente expuesto. Con ello se vulnera lo dispuesto en los artículos 100.2 de la LCSP, así como lo establecido en la cláusula 3 del PCAP, y se contraviene el principio de transparencia con grave perjuicio para las entidades licitadoras tanto en el momento de preparar y presentar sus ofertas, al no disponer de información necesaria para su adecuada formulación, como durante la ejecución del contrato, pues puede dar lugar a una inadecuada prestación del servicio que derive en la resolución del contrato”.

E o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 632/2018 anteriormente citada establece:

“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.”

E no mesmo sentido o propio TACRC na súa Resolución 861/2018:

“la literalidad de los preceptos transcritos es clara, cuando impone que sea en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento regulador de la licitación, donde se desglosen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y los costes salariales estimados de forma desglosada y con desagregación de sexos.

El PCAP publicado recoge sólo el precio de la hora ordinaria y de la extraordinaria, pero no especifica para qué categoría laboral se fija dicha retribución. Tampoco determina la cuantificación de los costes indirectos, ni de otros eventuales gastos que pudiera implicar la ejecución del contrato.(...)

La consecuencia de la vulneración del Art. 100.2 LCSP debe ser la misma que en el supuesto resuelto por la Resolución 632/2018 antes citada, esto es, la nulidad de los pliegos”.

Igualmente, o feito de que non exista no expediente da licitación remitido a este Tribunal ningunha xustificación do orzamento da licitación impide tamén a este TACGal 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, como esixen os artigos anteriormente transcritos.

Pola súa banda, aínda de non existir convenio colectivo aplicable ao persoal previsto nesta licitación, non se desvirtúa o ata aquí sinalado. O órgano de contratación debeu estimar os custos salariais a partir do importe do salario mínimo interprofesional aplicable ou do que corresponda no seu caso, e tendo en conta o persoal necesario en función da xornada e resto de condicións laborais, para calcular a partir diso o orzamento da licitación. E o resultado dese cálculo, coa desagregación esixida no artigo 100.2, debeu facerse constar nos pregos da licitación.

Non foi así no caso, onde a única indicación existente no expediente ao respecto é a de que *“o cálculo do orzamento base de licitación do contrato realizouse en base á experiencia da Axencia Turismo de Galicia na contratación deste tipo de servizos e considerando unha media dos prezos de mercado no momento vixente”*, sen ningún tipo de concreción ao respecto, nin a desagregación e demais parámetros esixidos, agora, na LCSP.

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.”

Este Tribunal recoñece, como indica o órgano de contratación, 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, segundo os parámetros e apartados citados na LCSP, 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, dispoñendo a retroacción do procedemento de contratación ao momento anterior á súa aprobación.

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 ATLANTIC PONTE 2000 S.L.U. contra os pregos da licitación do servizo de atención ao alumnado en réxime de internamento e outros servizos auxiliares a prestar no edificio residencia do Centro Superior de Hostelería de Galicia, expediente 2018-113, licitado pola Axencia Turismo de Galicia.

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.