Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Recurso nº 12/2019

Resolución nº 20/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. X.A.G. actuando en nombre y representación de ATLANTIC PONTE 2000, S.L.U. contra los pliegos de la licitación del servicio de atención al alumnado en régimen de internamiento y otros servicios auxiliares a prestar en el edificio residencia del Centro Superior de Hostelería de Galicia, expediente 2018-113, licitado por la Agencia Turismo de Galicia, 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 la Agencia Turismo de Galicia se convocó la licitación del contrato del servicio de atención al alumnado en régimen de internamiento y otros servicios auxiliares a prestar en el edificio residencia del Centro Superior de Hostelería de Galicia, con un valor estimado declarado de 131.632,12 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 19.12.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP, en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna los pliegos de la licitación por vulneración en la fijación del presupuesto de la licitación de lo previsto en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Cuarto.- El día 11.01.2019 ATLANTIC PONTE 2000 S.L.U. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces hacia esta en la web de este Tribunal.

Quinto.- En la misma fecha se reclamó a la Agencia Turismo de Galicia el expediente y 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). El expediente fue recibido en este Tribunal el día 17.01.2019 y el informe el día 21.01.2019.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 17.01.2019, sin que se recibieran alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 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 el 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.- La recurrente está legitimada para interponer el presente recurso aunque no tenga la condición de licitadora, pues precisamente las bases de la convocatoria le provocan a su entender un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y la obtención de una resolución favorable. En este sentido, las prestaciones del contrato al que se refiere esta impugnación están incluidas en el ámbito de su actividad empresarial.

Cuarto.- En virtud de las fechas señaladas con anterioridad, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

Quinto.- Impugnándose los pliegos de la licitación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Sexto.- El recurrente alega la vulneración de lo dispuesto en los artículos 100 y siguientes de la LCSP por entender que el precio máximo fijado en la licitación determina que esta sea antieconómica. Señala que aplicando el importe del salario mínimo interprofesional para el año 2019 el salario bruto por hora de un trabajador ya es superior al precio máximo por hora fijado en la licitación, por lo que entiende que no se tuvieron en cuenta los costes laborales en la determinación del presupuesto.

Además, impugna que los pliegos no desglosan los costes salariales en contradicción con lo previsto en el artículo 100.2 de la LCSP.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone al texto del recurso, indicando que dio cumplimiento a lo exigido en el artículo 100.2 de la LCSP, pues existe en los pliegos un desglose de los costes del contrato. Señala igualmente que el presupuesto se realizó en atención a la experiencia de la Agencia Turismo de Galicia y que se fijó con anterioridad a la aprobación del salario mínimo interprofesional para el año 2019.

Además, alega la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en este ámbito.

Octavo.- El recurso se fundamenta en la incorrecta estimación del presupuesto de la licitación, pues el mismo, a juicio del recurrente, determina que la prestación contractual sea económicamente inviable y no tuvo en cuenta los costes salariales de los trabajadores, además de que dicho presupuesto no aparece desglosado en el PCAP conforme exige el artículo 100 de la LCSP.

A este respecto, la regulación legal de los distintos importes económicos relevantes en una licitación aparece recogida en los artículos 100 a 102 de la LCSP.

El artículo 100 de la LCSP indica respecto al presupuesto base de la licitación:

> *"1. A los efectos de esta ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que, en virtud del contrato, puede comprometer el órgano de contratación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, salvo disposición en contrario.*
>
> *2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará y en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación se indicarán los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará, de forma desglosada y con desglose de género y*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia."

Y el artículo 101 de la LCSP se refiere al valor estimado en los siguientes términos:

> *"2. En el cálculo del valor estimado se deberán tener en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Asimismo, se deberán tener en cuenta: a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. b) Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos. c) En caso de que, de conformidad con el dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación a posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas. En los contratos de servicios y de concesión de servicios en que sea relevante a mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación. (...)*
>
> *10. En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades: a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial. b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si este es superior a doce meses."*

Con relación a la determinación del precio el artículo 102.3 de la LCSP, establece que:

> *"Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, de ser el caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

> *En aquellos servicios en que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios."*

Este TACGal ya se pronunció en diversas Resoluciones al respecto de la trascendencia del cálculo del presupuesto del contrato a realizar por el órgano de contratación y su necesario reflejo en el PCAP (así, Resoluciones 46/2018, 10/2019, 14/2019 y 15/2019). En la 46/2018 ya advertíamos que:

> *"Cabe indicar, por lo tanto, 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) y permitir así una correcta ejecución contractual."*

El deber de desglosar en los documentos de la licitación el presupuesto de la misma es una exigencia expresamente recogida en el artículo 100 de la LCSP y, como tal, debe ser cumplida. En este sentido, ya debemos destacar que no consta en el expediente de esta licitación desglose del presupuesto del contrato en los términos exigidos por ese artículo 100 LCSP. La cláusula A.2 del cuadro de características del PCAP únicamente recoge una división del presupuesto de la licitación por meses, señalando los días y horas de cada mes, y multiplicando el precio hora de la licitación por esas horas mensuales para alcanzar así el presupuesto global mensual y, consecuentemente, el presupuesto total de la licitación, lo que no cumple con las exigencias establecidas por la LCSP.

Recordemos que el artículo 100.2 establece con claridad los términos en los que se debe hacer constar ese obligado desglose de costes, exigiendo que "*se indicarán los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación".* Y para los casos, como el presente en el que se incluyan gastos salariales, especifica que además "*el presupuesto base de licitación indicará, de forma desglosada y con desglose de género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia".*

Debemos destacar que en este aspecto la nueva regulación prevista en la LCSP supone una diferencia sustancial respecto al régimen jurídico anterior, estableciendo una exigencia expresa de desglose del presupuesto y de indicación de los costes salariales, como muestra de la relevancia que la propia ley le otorga a las cuestiones de índole laboral. Así lo expresa, por ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 632/2018, en la que expresamente modifica su anterior doctrina al respecto tras la entrada en vigor de la LCSP, y refiere

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

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"*. Lo que le lleva a señalar que esa 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)"*.

Y en ese sentido concluye 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, demás, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado"*.

Así, la inexistencia en los pliegos de la licitación de cualquier información al respecto determina ya, de por sí, la necesidad de estimación del recurso presentado. El deber fijado por el artículo 100 de la LCSP es claro y expreso, y tiene una incidencia fundamental en la configuración de las ofertas por los licitadores y, en consecuencia, en los principios rectores de la contratación pública (así lo señalamos en la Resolución 10/2019).

Como señala el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía en su Resolución 271/2018 (con cita en el mismo sentido de su 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"*.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su 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."*

Y en el mismo sentido el propio TACRC en su 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, el hecho de que no exista en el expediente de la licitación remitido a este Tribunal ninguna justificación del presupuesto de la licitación impide también a este TACGal poder estimarlo como correcto, al resultar desconocidos los parámetros que sirvieron de base para su cálculo y no constar que se ajuste a los precios de mercado ni que se tuvieran especialmente en cuenta los costes laborales, como exigen los artículos anteriormente transcritos.

Por su parte, aun de no existir convenio colectivo aplicable al personal previsto en esta licitación, no se desvirtúa lo hasta aquí señalado. El órgano de contratación debió estimar los costes salariales a partir del importe del salario mínimo interprofesional aplicable o del que corresponda en su caso, y teniendo en cuenta el personal necesario en función de la jornada y resto de condiciones laborales, para calcular a partir de eso el presupuesto de la licitación. Y el resultado de ese cálculo, con el desglose exigido en el artículo 100.2, debió hacerse constar en los pliegos de la licitación.

No fue así en el caso, donde la única indicación existente en el expediente al respecto es la de que *"el cálculo del presupuesto base de licitación del contrato se*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

realizó en base a la experiencia de la Agencia Turismo de Galicia en la contratación de este tipo de servicios y considerando un promedio de los precios de mercado en el momento vigente", sin ningún tipo de concreción al respecto, ni el desglose y demás parámetros exigidos, ahora, en la LCSP.

Como señalamos en esa Resolución 46/2018:

> *"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."*

Este Tribunal reconoce, como indica el órgano de contratación, que la fijación del presupuesto de la licitación está dotada de discrecionalidad técnica, pues se presume que el órgano de contratación es el mejor conocedor de las características del contrato y quien elaboró un análisis de los precios de mercado y de las condiciones de la licitación en el interés de una correcta ejecución de la prestación contractual. Pero precisamente la inexistencia de ese análisis en el expediente de la licitación, según los parámetros y apartados citados en la LCSP, impide que se pueda entender como correcta la actuación del órgano de contratación.

En conclusión, procede estimar el recurso presentado anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares en lo que se refiere al presupuesto y valor estimado de la licitación, disponiendo la retroacción del procedimiento de contratación al punto anterior a su aprobación.

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

1. **Estimar** el recurso interpuesto por ATLANTIC PONTE 2000 S.L.U. contra los pliegos de la licitación del servicio de atención al alumnado en régimen de internamiento y otros servicios auxiliares a prestar en el edificio residencia del Centro Superior de Hostelería de Galicia, expediente 2018-113, licitado por la Agencia Turismo de Galicia.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

2. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la 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.