

Recurso nº 35/2019**Resolución nº 40/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Doña A.M.F.D. actuando en nombre y representación de PUERTAS AFUERA COMUNICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CULTURAL, S.L contra los pliegos del contrato de servicio de diseño y ejecución de las campañas de divulgación y promoción del turismo de naturaleza sostenible y educación ambiental desde las aulas de naturaleza de Galicia, cofinanciado por la Unión Europea a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) en un 80%, en el marco del Programa Operativo FEDER Galicia 2014-2020, expediente número 37/2018, licitado por la Consellería de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda, 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.- La Consellería de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda convocó la licitación de un contrato de servicio de diseño y ejecución de las campañas de divulgación y promoción del turismo de naturaleza sostenible y educación ambiental desde las aulas de naturaleza de Galicia, expediente número 37/2018 PN, con un valor estimado declarado de 374.945 euros, siendo objeto de publicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el día 11.01.2019.

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.- Se impugnan los pliegos de las licitaciones publicados el día 11.01.2019.

Cuarto.- El 01.02.2019 PUERTAS AFUERA COMUNICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CULTURAL S.L 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 en la web de este Tribunal.

Quinto.- El 04.02.2019 se reclamó a la Consellería 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). La documentación completa fue recibida en este Tribunal el día 08.02.2019, donde se nos traslada que en ese momento no había licitadores.

Sexto.- Este Tribunal en sesión del día 07.02.2019 acordó suspender el procedimiento de licitación.

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 licitador, 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 a las que se refiere esta impugnación están incluidas en el ámbito de su actividad empresarial. Así se ha pronunciado este TACGal en Resoluciones anteriores, por ejemplo a 2/2018 o 46/2018.

Cuarto.- Dadas a fechas descritas, el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Tratándose de los pliegos de un contrato de servicios con valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible.

Sexto.- El recurso trae como alegaciones del mismo: a) el indebido cálculo del presupuesto base de licitación en el PCAP, b) la inadecuación de las necesidades del personal previstas en el PCAP y el PPT, por cuanto vulneran lo establecido en el convenio colectivo aplicable y c) falta de justificación del uso de medios no electrónicos en el presente procedimiento de contratación.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone a lo expresado en el recurso en base a distintas alegaciones que señalaremos en el correspondiente apartado .

Octavo.- Lo primero que pasaremos a analizar, por su relevancia en la configuración de la licitación, es la impugnación de la recurrente al respecto de la insuficiencia de los medios personales, ya que entiende que *“el PCAP recoge menos días de trabajo de los realmente necesarios, al no contemplar correctamente los días de vacaciones y descanso que corresponden”*, lo que impide estimar como correcto el presupuesto de la licitación.

A este respecto, la cláusula 3.4 del PPT establece como obligación que *“se garantice la presencia en el centro de por lo menos un miembro del equipo en el horario indicado en el Anexo I”*. Además, en la descripción de los trabajos a realizar en los distintos lotes se señala en el propio PPT que *“La persona adjudicataria ofertará como mínimo una ruta o actividad diaria para las personas visitantes del centro que estén interesadas en integrarse en esta actividad. Las rutas serán guiadas por un/a monitor/a, tendrán una duración y nivel de dificultad variable, con una duración aproximada de entre hora y promedio y tres horas”*, indicando además que se deberán ofertar visitas programadas. También se prevén actividades en centros de enseñanza de la Comunidad Autónoma.

Esta configuración lleva a la recurrente a afirmar que en todo caso *“han de estar presentes dos monitores”*. En el mismo sentido se pronuncia el órgano de contratación en su informe a este recurso en el que expresamente señala que *“solamente es necesario tal y como manifiesta la recurrente en su escrito que estén presentes dos monitores en el aula de la naturaleza”*. A mayores el apartado 5.6 PCAP menciona, en el compromiso de adscripción de medios personales, a tres monitores (dos a jornada completa y uno a medida jornada).

La memoria explicativa del expediente habla de que *“Para fijar el presupuesto máximo de la licitación se estimó que el trabajo se puede realizar con un mínimo de 3 personas”*, y cita dos monitores a jornada completa, uno de estos dos con las funciones de coordinador, y un tercero monitor de apoyo a media jornada a contratar por un período anual diferente según los lotes: 9 meses en el lote 1, 7 meses en el lote 2 y 4 meses en el lote 3, sin que conste en el expediente explicación de esas diferencias. El órgano de contratación señala en su informe que ese monitor de apoyo *“está previsto para cubrir las vacaciones y los períodos de descanso del coordinador y del otro monitor”*, siendo lo que el recurso considera insuficiente.

Pues bien, lo primero que debemos señalar es que los pliegos prevén que los espacios permanezcan abiertos todos los días del año, con diferente horario en el período de otoño-invierno, de 5 meses y 15 días, y primavera-verano, de seis meses y 15 días. Si nos detenemos en este segundo período, el horario de apertura asciende a 7 horas y 30 minutos diarios los siete días de la semana, en los lotes 1 y 3, y 7 horas en el lote 2; y en el período de otoño-invierno el horario de apertura es de 4 horas de lunes a viernes y 6 horas y 30 minutos los fines de semana, festivos y puentes.

Partiendo, como debemos, de la necesidad admitida por la recurrente y por el órgano de contratación de la presencia efectiva de dos monitores en esos horarios, aparece que en el horario de primavera-verano el monitor de apoyo parece únicamente cubrir el descanso semanal de los otros dos monitores. Resaltamos a estos efectos que en ese período el propio horario de apertura durante cinco días a la semana asciende a 37,5 horas en los lotes 1 y 3 y 35 horas en el lote 2, prácticamente coincidente con la jornada semanal máxima prevista en el convenio de aplicación (38,5 horas), por lo que el personal de apoyo cubriría el conjunto de cuatro días necesarios de descanso semanal de los otros dos monitores, dos días por cada uno, pero aún quedarían entonces los períodos vacacionales de estos.

Por otra parte, el informe del órgano de contratación indica que *“el período vacacional deberá ser disfrutado en período de invierno”*.

Si con todo esto pasamos a analizar la configuración del personal necesario para cada uno de los lotes, apreciamos lo siguiente.

Respecto del lote 3, lo descrito impide entender como correcta una configuración en la que solo se prevé la contratación del monitor de apoyo durante 4 meses, siendo la misma inferior incluso al período de primavera-verano. Baste con apreciar, en todo caso, que en los otros 8 meses restantes no se nos explica como cubrirían entonces las vacaciones y descansos de esos dos monitores que deben tener presencia efectiva.

En cuanto a los lotes números 1 y 2, y continuando con el razonamiento anterior, resulta entonces que las vacaciones de esos dos monitores deberá disfrutarse en el período de otoño-invierno, que comprende como vimos 5 meses y 15 días. Recordemos que en esos lotes el personal de apoyo estaría contratado por un período de 9 meses anuales en el lote 1 y 7 meses en el lote 2. Por lo tanto, si restamos del total de meses de contratación del personal de apoyo los meses de período primavera-verano (6 meses y 15 días), resulta que en el período de otoño-invierno ese personal de apoyo únicamente estaría previsto para 2,5 meses en el lote 1 y 0,5 meses en el lote 2.

Ese cálculo al que llegamos de 0,5 meses, implica apreciar en el lote 2 la insuficiente previsión recogida pues esa persona de apoyo no alcanzaría a cubrir entonces los dos meses de vacaciones de los monitores principales. Y respecto al lote 1, si bien el tiempo de contratación excede de esos dos meses, tampoco llegaría para cubrir además el descanso semanal necesario en ese período de invierno.

Reiteramos que para este análisis partimos como hecho incontrovertido en esta fase de recurso de la exigencia permanente de que dos monitores estén trabajando efectivamente y durante todo el año. En ese sentido, no se encuentran en los pliegos de la licitación ni se nos ponen de manifiesto por el órgano de contratación que existan diferencias en ese concreto aspecto entre los períodos de otoño-invierno y primavera-verano.

Igualmente, ese Tribunal no obvia el hecho de que los horarios de apertura de los espacios son diferentes en ambos períodos. Pero en ese sentido, debemos señalar que los pliegos de la licitación son claros al exigir en diferentes apartados la obligatoriedad de contratar a dos monitores a jornada completa y uno a media jornada, explicitándolos además como medios a adscribir al contrato en la cláusula 5.6 del

PCAP denominada “*concreción de las condiciones de solvencia*”, por lo que esa variable se nos transmite como siempre presente. Tampoco parecen aceptadas, ni nada se indica al respecto por el órgano de contratación, formas de contratación alternativas a las expresamente señaladas, además de que los pliegos prevén actuaciones a realizar adicionales a las propias de la presencia física en las aulas.

En ese sentido, el único motivo de oposición que consta en el informe del órgano de contratación al respecto de la necesidad de mayor personal es indicar que el monitor de apoyo “*está previsto para cubrir las vacaciones y los períodos de descanso del coordinador y del otro monitor*”, algo que nos aparece como insuficiente según razonamiento aquí expuesto, sin que se nos trasladen cálculos alternativos a los existentes en el recurso.

En conclusión, debemos estimar este motivo de recurso y, en consecuencia, anular el presupuesto de la licitación, sin que proceda en consecuencia valorar las otras alegaciones impugnatorias al respecto.

Noveno.- Lo último que alega la recurrente es que no existe justificación para el uso de medios no electrónicos en este procedimiento de contratación.

La respuesta del órgano de contratación es que el apartado 7.6 del PCAP recoge que las comunicaciones serán telemáticas, mas reconoce que la presentación de ofertas prevista no es electrónica “*debido a una falta de medios tecnológicos adecuados para eso*”, sin más desarrollo.

La apuesta de la LCSP por la contratación electrónica es expresa, como ya recoge su Preámbulo:

“Junto a todo lo anteriormente señalado, debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, que establece como obligatoria, en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor; se anticipa, por tanto, a los plazos previstos en el ámbito comunitario.”

Como vemos, el legislador incluso quiso anticipar el plazo que para esto existía en la Directiva 2014/24/UE, cifrado este en el 18.10.2018. Por lo tanto, en el momento en que aparece la licitación que nos ocupa también ese plazo europeo hacia la contratación electrónica estaría ampliamente superado. El artículo 22 de tal Directiva cita:

“1. Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo(...).”

En definitiva, el marco normativo existente al respecto está recogido ahora en la Disposición adicional decimoquinta y decimosexta de la LCSP, en vigor desde el 09.03.2018. Concretamente la Disposición adicional decimoquinta ordena:

“3. La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional.”

Ciertamente en esa misma Disposición existen supuestos donde se permite excepcionar este mandato, lo cual, como excepción que es, necesita estar justificado debidamente, como los apartados 3 y 4 luego ya recogen: *“En este caso, los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las cuales se consideró necesario utilizar medios distintos de los electrónicos”* (también citado en el artículo 336.1.h).

Esto no aparece en el presente caso, sin que pueda tener efecto para enervar un mandato legal la mera mención en el informe del órgano de contratación a este recurso especial de que es *“debido a una falta de medios tecnológicos adecuados para eso”* sin más, cuando además, sin ánimo de ser exhaustivo, en el Sistema de Licitación Electrónica-SILEX apreciamos procedimientos de diferentes Administraciones de esta Comunidad Autónoma y sobre diferentes tipos de procedimientos de adjudicación.

Polo tanto, debemos estimar el recurso en este punto por no trasladárenos justificación para el uso de medios no electrónicos en lo referido a la presentación de las ofertas en esta licitación.

En el mismo sentido Resoluciones 632/2018, 869/2018, 1077/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; Resolución 104/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, o en el fundamento séptimo de la Resolución 260/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

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 PUERTAS AFUERA COMUNICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CULTURAL S.L contra los pliegos del contrato de servicio de diseño y ejecución de las campañas de divulgación y promoción del turismo de naturaleza sostenible y educación ambiental desde las aulas de naturaleza de Galicia, licitado por la Consellería de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda, expediente número 37/2018, anulándose la licitación en base a lo expresado en los fundamentos octavo y noveno de esta Resolución.

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 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.