

Recurso nº 50/2018**Resolución nº 46/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 12 de xullo de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por M. B. U. actuando en nome e representación de JARDINCELAS S.L. contra os pregos de cláusulas administrativas que rexen a licitación do contrato de servizos de mantemento de zonas verdes do Concello da Laracha, 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 da Laracha convocouse a licitación do contrato de servizos de mantemento de zonas verdes, cun valor estimado declarado de 209.065,41 euros. Tal licitación foi obxecto de publicación no perfil do contratante do día 30.05.2018

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP).

Terceiro.- O recorrente impugna os pregos da licitación no que se refire ao valor estimado da mesma e as condicións da prevista subrogación dos traballadores.

Cuarto.- En data 20.06.2018 a entidade JARDINCELAS S.L. (JARDINCELAS, en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra os pregos da licitación, no órgano de contratación.

Quinto.- O 27.06.2018 ten entrada neste TACGal o expediente da licitación, remitido polo Concello da Laracha, sen remisión do recurso presentado. Con data 29.06.2018 reclamouse ao Concello o envío completo do recurso e o expediente, sendo recibido o día 03.07.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 04.07.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- Adoptouse por este TACGal a suspensión do procedemento solicitada o día 05.07.2018.

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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP 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 ostentando a condición de licitadora no procedemento de contratación pois precisamente, ao seu entender, as bases da convocatoria lle provocan un prexuízo que pretende remediar coa interposición do recurso e a obtención dunha resolución favorable. Neste sentido, cúmprese o previsto no artigo 50.1.b) da LCSP xa que a presentación do recurso efectuouse con anterioridade á presentación da oferta.

Cuarto.- A interposición do recurso produciuse dentro do prazo legalmente fixado polo artigo 50.1.a) da LCSP xa que a publicación da convocatoria coa posta a disposición dos pregos foi o día 30.05.2018, polo que o recurso presentado o día 20.06.2018 cumpre o prazo legal.

Quinto.- Trátase dun contrato de servizos cun valor estimado superior a 100.000 euros e impúgnanse os pregos da licitación, polo que o recurso é admisible segundo o previsto no artigo 44.1.a) e 44.2.a) da LCSP.

Sexto.- O recorrente impugna o prego de cláusulas administrativas particulares ao entender que o orzamento e o valor estimado do contrato establecidos na cláusula 4ª incumpren o convenio colectivo de aplicación.

Sétimo.- O órgano de contratación centra o seu informe en relatar o proceder, na súa opinión fraudulento, da empresa TAHLER, actual adxudicataria do contrato, durante a tramitación desta licitación. A estes efectos, os feitos máis relevantes que quere trasladar son os seguintes, en orde cronolóxica:

- O 13 de febreiro a empresa remite a información relativa ao persoal a subrogar, solicitada polo Concello para proceder a unha nova licitación.
- O 28 de febreiro comunícaselle polo Concello á empresa unha orde de continuidade do servizo ata que se efectúe a nova adxudicación.
- O 25 de abril, unha persoa en nome da empresa adxudicataria, comunica unha nova categoría profesional do persoal a subrogar.
- O 30 de maio publícase o anuncio de licitación.
- O 12 de xuño un traballador da contrata presenta escrito no Concello reiterando a súa categoría profesional.
- O 15 de xuño a representante da empresa remite novo escrito ao Concello advertindo do cambio da categoría profesional dos traballadores desde a data 1 de maio.

O órgano conclúe o seu informe sinalando sucintamente que, ao seu entender, a súa obriga na licitación límitase a *“plasmar a información veraz facilitada pola empresa”* actualmente adxudicataria do servizo, sen valorar cuestións como a



actualización de salarios ou a categoría profesional dos traballadores obxecto da subrogación.

Oitavo.- O recurso fundaméntase exclusivamente na incorrecta estimación do orzamento da licitación, pois o mesmo, a xuízo do recorrente, inclúe unha valoración errónea do custo do persoal a subrogar e incumpre o convenio colectivo de aplicación na fixación das categorías profesionais dos traballadores.

Segundo se desprende do contido do expediente, o convenio de aplicación neste suposto é o convenio colectivo do sector da xardinería, publicado no BOE do 09.02.2018 e que regula a subrogación de traballadores no seu artigo 46.

Pola súa banda, a cláusula 4 do PCAP sinala o seguinte:

“4. ORZAMENTO DE LICITACIÓN, VALOR ESTIMADO, PREZO DO CONTRATO E REVISIÓN DE PREZOS.

4.1.- O valor estimado da contratación ascende a 209.065,41€, IVE excluído. Segundo os costes laborais aportado pola empresa saínte os dous peóns xardiñeiros a xornada laboral de 35h semanais obxecto de subrogación supoñen uns costes laborais de 33.528,04 € anuais

O orzamento máximo de licitación é de 69.688,47 € + IVE engadido: 84323,05 €/ ano.”

O anexo II do PPT correspondente ao orzamento da licitación recolle:

“La valoración económica de los medios humanos y materiales para realizar los trabajos de conservación y mantenimiento de las zonas verdes sitas en el Concello de A Laracha, según el anejo de Rendimiento detallado de zonas verdes, se cree necesario que el personal mínimo para realizar estas labores de mantenimiento requeridas en el pliego sería según Convenio de Jardinería, el siguiente:

- Dos (2) peones jardineros, en jornada laboral de 35 horas semanales.

Según lo considerado anteriormente más los medios materiales se obtiene el siguiente presupuesto:

<i>Mano de obra.....</i>	<i>33.528,04</i>
<i>Alquiler furgoneta y combustible.....</i>	<i>10.200,00</i>



Alquiler local.....	3.600,00
Maquinaria.....	7.794,00
Reposición y/o sustitución de elementos de la red de riego.....	1.500,00
Gastos varios	1.939,70"

Ante todo, como xa indicou o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid na súa Resolución 98/2016:

“la adecuada determinación del precio contractual es un elemento esencial para la conformación de la voluntad de las partes del contrato administrativo que permite garantizar tanto a la Administración como al contratista una correcta ejecución de las prestaciones objeto del contrato, ya que permite establecer la justa correspondencia entre los derechos y obligaciones asumidas por cada una de las partes (...). El desequilibrio económico o la incorrecta determinación del precio del contrato pueden ocasionar un grave perjuicio para el interés público, ya que se aumentan significativamente las posibilidades de ejecuciones inadecuadas de las prestaciones objeto del contrato que pueden dar lugar a la resolución del contrato (...). Los órganos de contratación deberán, tanto al determinar los presupuestos de los contratos, como al establecer las prestaciones y contraprestaciones entre la Administración y el contratista, realizar los estudios económicos necesarios que permitan garantizar que el precio del contrato sea el adecuado al mercado, incorporando dichos estudios como parte de los expedientes de contratación”.

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 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. (...)”

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.”

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. Nesa determinación das distintas contías económicas da licitación que se deberán axustar aos prezos de mercado, xa era un dato de interese como fonte de coñecemento, verbo dun contrato de servizos onde os custes en man de obra son a maior partida como aquí sucede, os termos do convenio colectivo de aplicación (Resolución TACGal 2/2018, ao abeiro do artigo 87 TRLCSP), aos efectos dese prezo de mercado.

Pero é que esta licitación está sometida á LCSP, polo que é oportuno traer a referencias expresas nos artigos antes reproducidas ao respecto:

“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.” (artigo 100)

“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” (artigo 101)

“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.” (artigo 102)

Neste caso concreto, do contido do expediente o que resulta é que o Concello da Laracha non realizou ese cálculo dos gastos salariais do futuro contrato, limitándose exclusivamente a incorporar os importes indicados pola anterior adxudicataria. Así se desprende, por un lado, do contido da cláusula 4 do PCAP que ao facer referencia ao valor estimado e ao orzamento da licitación expresa literalmente:

“Segundo os costes laborais aportado pola empresa saínte os dous peóns xardiñeiros a xornada laboral de 35h semanais obxecto de subrogación supoñen uns costes laborais de 33.528,04 € anuais”.

Cantidade esta que coincide exactamente cos gastos de persoal recollidos no desglose do orzamento da licitación.

O mesmo resulta da lectura do propio informe do órgano sobre este recurso, pois afirma literalmente que *“esta Administración entiende que su única obligación es plasmar la información veraz facilitada por la empresa”*.

Este proceder non se axusta á regulación legal da LCSP. O órgano de contratación é o responsable da fixación das condicións da licitación, e entre elas, loxicamente, ten unha especial relevancia o aspecto económico da mesma. Un automatismo, en canto que o orzamento da licitación sexa a mera plasmación dos datos facilitados pola empresa que prestaba o servizo sen analizar o seu axuste ás condicións da nova licitación, incumpre o previsto na lexislación contractual reproducida, unido a que suporía, de feito, deixar nas súas mans a fixación das condicións da nova licitación.

Como vemos, o Concello basea a súa liña argumentativa no cumprimento da información referida á subrogación. Certamente o artigo 130 da LCSP regula a información a subministrar sobre as condicións da subrogación *“cando unha norma legal, un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral impoña ao adxudicatario a obrigação de subrogarse”*. Pero, neste punto, é oportuno aclarar que cumprir co previsto nese artigo 130 respecto á información a facilitar aos licitadores, non exime de facer as análises dos artigos que regulan as condicións económicas da contratación (arts. 100-102 LCSP), a efectos do orzamento e valor estimado.

No presente caso, non é só que o que se lle aparece a este TACGal é que o órgano de contratación non fixo as análises requiridas e que se limitou a incorporar os importes indicados pola anterior adxudicataria, senón que se aprecia que por tal motivo hai posibles faltas de axuste ao convenio. Así, unha mera lectura conxunta das condicións fixadas para a prestación do servizo na cláusula 2 do PPT e das condicións do persoal previsto para levalas a cabo segundo o orzamento da licitación, permite atisbar a falta de axuste ao artigo 10.c) do convenio colectivo, que recolle as definicións dos distintos subgrupos profesionais no seu ámbito de aplicación. Por exemplo, ao sinalar que o orzamento contempla para a prestación do servizo dous

peóns xardineiros, observamos que tal subgrupo no convenio colectivo se limita ao persoal *“sin experiencia alguna en el sector”* unido á esixencia de que *“la permanencia en este subgrupo no podrá superar el año pasando automáticamente al subgrupo superior”* que, dificilmente, ten axuste para coa duración prevista nesta licitación. E, por outro lado, teñen razoabilidade as consideracións que fai o recorrente de que as funcións previstas para este persoal no convenio colectivo non aparecen como axustadas ás que o PPT esixe levar a cabo na execución do contrato.

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 recoñece que a fixación do orzamento da licitación está dotada de discrecionalidade técnica (tamén, Resolución 1056/2017 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais), 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 no interese dunha correcta execución da prestación contractual. Pero como tal presunción, pode ser rebatida ante este Tribunal por apreciarse erros ou incongruencias na súa actuación, o que precisamente sucede neste caso, no que aparece que non se fixo a análise requirida na LCSP para fixar o orzamento da licitación.

Como se observa entón, o proceder da actual adxudicataria na licitación non ten entón a incidencia enervadora deste recurso que busca o órgano de contratación, pois o relevante foi a actuación do Concello no momento de calcular o orzamento e o valor estimado da licitación, a cal non se pode validar por basearse na errónea concepción

de que só deben plasmar os datos facilitados pola empresa saínte, unido a que aparecen datos de distorsión entre o fixado e o que resulta do convenio colectivo, que constata a falta desa análise.

En conclusión, procede estimar o recurso presentado pola entidade JARDINCELAS S.L. anulando o prego de cláusulas administrativas particulares no que se refire ao orzamento e valor estimado da licitación, o que determina a necesidade de iniciar un novo procedemento de adxudicación.

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 JARDINCELAS S.L. contra os pregos de cláusulas administrativas que rexen a licitación do contrato de servizos de mantemento de zonas verdes do Concello da Laracha.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. 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 del 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.