

Recurso nº 50/2018**Resolución nº 46/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por M. B. U. actuando en nombre y representación de JARDINCELAS S.L. contra los pliegos de cláusulas administrativas que rigen la licitación del contrato de servicios de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de A Laracha, 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 el Ayuntamiento de A Laracha se convocó la licitación del contrato de servicios de mantenimiento de zonas verdes, con un valor estimado declarado de 209.065,41 euros. Tal licitación fue objeto de publicación en el perfil del contratante del día 30.05.2018

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 (en adelante, LCSP).

Tercero.- El recurrente impugna los pliegos de la licitación en lo que se refiere al valor estimado de la misma y las condiciones de la prevista subrogación de los trabajadores.

Cuarto.- En fecha 20.06.2018 la entidad JARDINCELAS S.L. (JARDINCELAS, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la licitación, en el órgano de contratación.

Quinto.- El 27.06.2018 tiene entrada en este TACGal el expediente de la licitación, remitido por el Ayuntamiento de A Laracha, sin remisión del recurso presentado. Con fecha 29.06.2018 se reclamó al Ayuntamiento el envío completo del recurso y el expediente, siendo recibido el día 03.07.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 04.07.2018, sin que se recibieran alegaciones.

Séptimo.- Se adoptó por este TACGal la suspensión del procedimiento solicitada el día 05.07.2018.

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.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme 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 ostentando la condición de licitadora en el procedimiento de contratación pues precisamente, a su entender, las bases de la convocatoria le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y la obtención de una resolución favorable. En este sentido, se cumple el previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP ya que la presentación del recurso se efectuó con anterioridad a la presentación de la oferta.

Cuarto.- La interposición del recurso se produjo dentro del plazo legalmente fijado por el artículo 50.1.a) de la LCSP ya que la publicación de la convocatoria con la puesta a disposición de los pliegos fue el día 30.05.2018, por lo que el recurso presentado el día 20.06.2018 cumple el plazo legal.

Quinto.- Se trata de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros y se impugnan los pliegos de la licitación, por lo que el recurso es admisible segundo lo previsto en el artículo 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP.

Sexto.- El recurrente impugna el pliego de cláusulas administrativas particulares al entender que el presupuesto y el valor estimado del contrato establecidos en la cláusula 4ª incumplen el convenio colectivo de aplicación.

Séptimo.- El órgano de contratación centra su informe en relatar el proceder, en su opinión fraudulento, de la empresa TAHLER, actual adjudicataria del contrato, durante la tramitación de esta licitación. A estos efectos, los hechos más relevantes que quiere trasladar son los siguientes, en orden cronológica:

- El 13 de febrero a empresa remite la información relativa al personal a subrogar, solicitada por el Ayuntamiento para proceder a una nueva licitación.
- El 28 de febrero se le comunica por el Ayuntamiento a la empresa una orden de continuidad del servicio hasta que se efectúe la nueva adjudicación.
- El 25 de abril, una persona en nombre de la empresa adjudicataria, comunica una nueva categoría profesional del personal a subrogar.
- El 30 de mayo se publica el anuncio de licitación.
- El 12 de junio un trabajador de la contrata presenta escrito en el Ayuntamiento reiterando su categoría profesional.
- El 15 de junio la representante de la empresa remite nuevo escrito al Ayuntamiento advirtiendo del cambio de la categoría profesional de los trabajadores desde la fecha 1 de mayo.

El órgano concluye su informe señalando sucintamente que, a su entender, su deber en la licitación se limita a "*plasmar la información veraz facilitada por la empresa*" actualmente adjudicataria del servicio, sin valorar cuestiones como la actualización de salarios o la categoría profesional de los trabajadores objeto de la subrogación.

Octavo.- El recurso se fundamenta exclusivamente en la incorrecta estimación del presupuesto de la licitación, pues el mismo, a juicio del recurrente, incluye una valoración errónea del coste del personal a subrogar e incumple el convenio colectivo de aplicación en la fijación de las categorías profesionales de los trabajadores.

Según se desprende del contenido del expediente, el convenio de aplicación en este supuesto es el convenio colectivo del sector de la jardinería, publicado en el BOE del 09.02.2018 y que regula la subrogación de trabajadores en su artículo 46.

Por su parte, la cláusula 4 del PCAP señala lo siguiente:

“4. PRESUPUESTO DE LICITACIÓN, VALOR ESTIMADO, PRECIO DEL CONTRATO Y REVISIÓN DE PRECIOS.

4.1.- El valor estimado de la contratación asciende a 209.065,41€, IVA excluido. Segundo los costes laborales aportados por la empresa saliente los dos peones jardineros a jornada laboral de 35h semanales objeto de subrogación suponen unos costes laborales de 33.528,04 € anuales

El presupuesto máximo de licitación es de 69.688,47 € + IVA añadido: 84.323,05 €/ año.”

El anexo II del PPT correspondiente al presupuesto de la licitación recoge:

“La valoración económica de los medios humanos y materiales para realizar los trabajos de conservación y mantenimiento de las zonas verdes sitas en el Ayuntamiento 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>
<i>Alquiler local.....</i>	<i>3.600,00</i>
<i>Maquinaria.....</i>	<i>7.794,00</i>
<i>Reposición y/o sustitución de elementos de la red de riego.....</i>	<i>1.500,00</i>
<i>Gastos varios</i>	<i>1.939,70”</i>

Ante todo, como ya indicó el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su 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, 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 comprado. 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 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 siguiente 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 previera abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de estos. c) En caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se previera en el pliego de cláusulas administrativas particulares o

en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, habida cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas. En los contratos de servicios y de concesión de servicios en que sea relevante la 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.

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

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. En esa determinación de las distintas cuantías económicas de la licitación que se deberán ajustar a los precios de mercado, ya era un dato de interés como fuente de conocimiento, respecto de un contrato de servicios donde los costes en mano de obra son la mayor partida como aquí sucede, los términos del convenio colectivo de aplicación (Resolución TACGal 2/2018, al amparo del artículo 87 TRLCSP), a los efectos de ese precio de mercado.

Pero es que esta licitación está sometida a la LCSP, por lo que es oportuno traer las referencias expresas en los artículos antes reproducidas al respecto:

“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 categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.” (artículo 100)

“En los contratos de servicios y de concesión de servicios en que sea relevante la 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” (artículo 101)

“En aquellos servicios en que el coste económico principal sean los costes laborales, se deberán considerar los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.” (artículo 102)

En este caso concreto, del contenido del expediente lo que resulta es que el Ayuntamiento de A Laracha no realizó ese cálculo de los gastos salariales del futuro contrato, limitándose exclusivamente a incorporar los importes indicados por la anterior adjudicataria. Así se desprende, por un lado, del contenido de la cláusula 4 del PCAP que al hacer referencia al valor estimado y al presupuesto de la licitación expresa literalmente:

“Segundo los costes laborales aportado por la empresa saliente los dos peones jardineros a jornada laboral de 35h semanales objeto de subrogación suponen unos costes laborales de 33.528,04 € anuales”.

Cantidad esta que coincide exactamente con los gastos de personal recogidos en el desglose del presupuesto de la licitación.

Lo mismo resulta de la lectura del propio informe del órgano sobre este recurso, pues afirma literalmente que *“esta Administración entiende que su única obligación eres plasmar la información veraz facilitada por la empresa”*.

Este proceder no se ajusta a la regulación legal de la LCSP. El órgano de contratación es el responsable de la fijación de las condiciones de la licitación, y entre ellas, lógicamente, tiene una especial relevancia el aspecto económico de la misma. Un automatismo, en cuanto que el presupuesto de la licitación sea la mera plasmación de los datos facilitados por la empresa que prestaba el servicio sin analizar su ajuste a las condiciones de la nueva licitación, incumple lo previsto en la legislación contractual

reproducida, unido a que supondría, de hecho, dejar en sus manos la fijación de las condiciones de la nueva licitación.

Como vemos, el Ayuntamiento basa su línea argumentativa en el cumplimiento de la información referida a la subrogación. Ciertamente el artículo 130 de la LCSP regula la información a suministrar sobre las condiciones de la subrogación *“cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse”*. Pero, en este punto, es oportuno aclarar que cumplir con lo previsto en ese artículo 130 respecto a la información a facilitar a los licitadores, no exime de hacer los análisis de los artículos que regulan las condiciones económicas de la contratación (arts. 100-102 LCSP), a efectos del presupuesto y valor estimado.

En el presente caso, no es sólo que lo que se le aparece a este TACGal es que el órgano de contratación no hizo los análisis requeridos y que se limitó a incorporar los importes indicados por la anterior adjudicataria, sino que se aprecia que por tal motivo hay posibles faltas de ajuste al convenio. Así, una mera lectura conjunta de las condiciones fijadas para la prestación del servicio en la cláusula 2 del PPT y de las condiciones del personal previsto para llevarlas a cabo según el presupuesto de la licitación, permite atisbar la falta de ajuste al artículo 10.c) del convenio colectivo, que recoge las definiciones de los distintos subgrupos profesionales en su ámbito de aplicación. Por ejemplo, al señalar que el presupuesto contempla para la prestación del servicio dos peones jardineros, observamos que tal subgrupo en el convenio colectivo se limita al personal *“sin experiencia alguna en el sector”* unido a la exigencia de que *“la permanencia en este subgrupo no podrá superar el año pasando automáticamente al subgrupo superior”* que, difícilmente, tiene ajuste para con la duración prevista en esta licitación. Y, por otro lado, son razonables las consideraciones que hace el recurrente de que las funciones previstas para este personal en el convenio colectivo no aparecen como ajustadas a las que el PPT exige llevar a cabo en la ejecución del contrato.

El órgano de contratación, por lo tanto, conforme a la regulación prevista en la LCSP, debió fijar las condiciones económicas de la licitación habida 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 de lo que derivaba de la

previa prestación de este servicio, sin perjuicio de los datos de interés que ese precedente pueda aportar.

En resumen, es deber del órgano de contratación determinar los trabajos objeto del contrato a licitar y, en base a tal análisis, fijar el gasto del personal necesario para llevarlos a cabo, en función de las categorías profesionales y resto de condiciones salariales fijadas por el convenio colectivo aplicable, pues así lo exigen los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP. Y este deber no se puede dar por cumplido con la simple mención del personal a subrogar, pues eso puede suponer una incorrecta estimación del presupuesto y del valor estimado del contrato.

Este Tribunal reconoce que la fijación del presupuesto de la licitación está dotado de discrecionalidad técnica (también, Resolución 1056/2017 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), 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 en el interés de una correcta ejecución de la prestación contractual. Pero como tal presunción, puede ser rebatida ante este Tribunal por apreciarse errores o incongruencias en su actuación, lo que precisamente sucede en este caso, en el que aparece que no se hizo el análisis requerido en la LCSP para fijar el presupuesto de la licitación.

Como se observa entonces, el proceder de la actual adjudicataria en la licitación no tiene entonces la incidencia enervadora de este recurso que busca el órgano de contratación, pues lo relevante fue la actuación del Ayuntamiento en el momento de calcular el presupuesto y el valor estimado de la licitación, la cuál no se puede convalidar por basarse en la errónea concepción de que sólo deben plasmar los datos facilitados por la empresa saliente, unido a que aparecen datos de distorsión entre lo fijado y lo que resulta del convenio colectivo, que constata la falta de ese análisis.

En conclusión, procede estimar el recurso presentado por la entidad JARDINCELAS S.L. anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares en lo que se refiere al presupuesto y valor estimado de la licitación, lo que determina la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.

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 JARDINCELAS S.L. contra los pliegos de cláusulas administrativas que rigen la licitación del contrato de servicios de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de A Laracha.

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 darle 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.