

Recurso nº 42/2019**Resolución nº 47/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 27 de febreiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. R.C.F. actuando en nome e representación de SERVICIOS SOCIAIS ULLA-SAR, S.L.U. contra o acordo de adxudicación do contrato do servizo de axuda no fogar, modalidade dependencia, con número de expediente 11/2018, licitado polo Concello de Lousame, 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 de Lousame convocouse a licitación do contrato do servizo de axuda no fogar, modalidade dependencia, cun valor estimado declarado de 681.588,08 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos do Sector Público o día 22.10.2018.

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 o acordo de adxudicación de data 18.01.2019 a favor da entidade SANAMEDE, S.L.

Cuarto.- O día 08.02.2019 SERVIZOS SOCIAIS ULLA SAR, S.L.U. (ULLA SAR en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación.

Quinto.- Con data 11.02.2019 reclamouse ao Concello de Lousame 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). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 18.02.2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 18.02.2019, recibíronse as alegacións da empresa SANAMEDE S.L.

Sétimo.- Este Tribunal en sesión do día 15.02.2019 acordou manter a suspensión do procedemento de licitación.

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 entidade recorrente foi a segunda clasificada no procedemento de licitación, polo que a súa lexitimación á hora de impugnar o acordo de adxudicación é incuestionable.

Cuarto.- Publicándose o acordo de adxudicación o día 21.01.2019, o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Pola empresa adxudicataria alégase como motivo de inadmisión a non presentación por formato electrónico. A este respecto, debemos sinalar que o

recorrente trasladou a este Tribunal a imposibilidade tras varios intentos para a presentación do recurso na sede electrónica da Xunta de Galicia, con apertura de incidencia ao respecto polos servizos informáticos da sede a través do Centro de Atención ao Cidadán, así como remitiu o propio recurso vía correo electrónico, polo que, con todo isto, a presentación subsidiaria de xeito presencial no Rexistro da Xunta de Galicia non debería imposibilitar o seu dereito á formulación deste recurso especial e a súa vontade de interpoñelo.

Quinto.- Impúgnase o acordo de adxudicación dun contrato de servizos con valor estimado superior a 100.000 euros, polo que o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- A entidade recorrente fundamenta a súa impugnación en que a adxudicataria, no trámite concedido ao efecto, non xustificou de xeito adecuado a súa oferta incurso en valores anormais ou desproporcionados, principalmente polo que se refire á xustificación do cumprimento do convenio colectivo sectorial no referido aos custos salariais e por non incluír a totalidade de gastos a ter en conta para a prestación do servizo.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao contido do recurso indicando que a oferta do adxudicatario *“é suficiente para o cumprimento das súas obrigas laborais”*, polo que non se da o incumprimento do convenio alegado no recurso.

Oitavo.- A empresa adxudicataria, SANAMEDE, S.L., ademais de solicitar a inadmisión xa analizada, defende que a actuación do órgano de contratación se axustou aos trámites legalmente previstos e que o recurso pretende de forma improcedente impugnar os pregos da licitación.

Noveno.- Á vista do debate exposto, debemos comezar sinalando que o PCAP na súa cláusula 16 correspondente ás ofertas con valores anormais ou desproporcionados sinala o seguinte:

“Para considerar una oferta como desproporcionada o anormal, se estará al dispuesto en el artículo 85 apartados 1, 2, 3 y 4 del RGLCAP, sin que sea de aplicación la valoración excepcional prevista en el apartado 5 del dicho artículo. Serán criterios objetivos para apreciar o no el carácter desproporcionado o anormal de la oferta:

1.- La justificación de los precios ofertados.

2.- Volumen de contratación.

La documentación que deben aportar los licitadores con ofertas inicialmente incursas en valores anormales o desproporcionados es la siguiente:

1. Justificación de los precios ofertados:

1.1.- Materiales:

Compra, alquiler ... : carta de compromiso de los proveedores y precios detallados.

Medios propios y/o materiales de producción propia: relación detallada de los medios propios con indicación de su coste individualizado o precio de venta al público.

1.2.- Personal:

Desglose de salarios a pagar al personal que se adscribirá al servicio en el que deberá acreditarse la justificación del cumplimiento del convenio colectivo de aplicación en el sector.

Cualquiera otra documentación que se estime de interés a los efectos de justificar los valores anormales o desproporcionados de la oferta.

2. Volumen de contratación: Deberá justificarse la relación existente entre los contratos que tenga adjudicados y en ejecución y los medios personales y materiales de que dispone y determinar cómo incide dicha relación en los precios ofertados."

Atopándose a oferta de SANAMEDE, S.L. incurso en valores anormais, a mesma presenta ao respecto xustificación dunha extensión de cinco páxinas, das cales unicamente menos de tres refírense aos aspectos numéricos da súa oferta.

O acta da mesa de contratación que recolle a proposta de adxudicación a favor de SANEMADE, S.L. recolle sobre a xustificación da súa oferta o seguinte:

"- La documentación presentada por el licitador "SANAMEDE, S.L." señala los gastos de personal de la empresa, los gastos de material, los servicios privados actualmente contratados, los ingresos indirectos de los servicios privados que presta, los gastos directos de personal, los de material, los gastos mensuales compartidos

entre los servicios privados u los licitados así como una estimación del total de beneficios.

También señala los precios de mercado en el que los ayuntamientos de Valga y Outes tienen contratada la prestación del servicio de ayuda en el hogar.

También aporta certificado de compra de material a la empresa "MAYPER, Vestuario Laboral, S.L."

CONSIDERACIONES

I.- De la documentación presentada se comprueba que la oferta económica presentada cumple con el Convenio colectivo considerado: II Convenio colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia (DOG 16/02/2010) y del 6/11/2018 de la DXRL (DOG 21/11/2012), es decir, se respeta lo normativa laboral aplicable.

II.- Por otro lado, en la actualidad, la misma empresa está prestando el servicio de ayuda a domicilio en este Ayuntamiento en virtud de contrato firmado el 15.09.2017 por un precio de 10,50 €, más IVA (4%) 0,42 €, de lo que resulta un total de 10,92 €/hora, sin que en ningún momento se haya detectado carencias en la prestación del servicio.

La oferta actual que se valora es de 10,65 €/hora, más 0,43 € de IVA, de lo que resulta un total de 11,08 €/hora, es decir, un precio superior al que se viene pagando por este Ayuntamiento hasta ahora."

Este TACGal xa se pronunciou en numerosas ocasións sobre a cuestión das baixas desproporcionadas. Con cita na nosa Resolución 105/2018, podemos sinalar que a apreciación de que a oferta ten valores anormais ou desproporcionados non é un fin en si mesmo, senón un indicio para establecer que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia diso, tras un procedemento contradictorio ao respecto. A decisión sobre se a oferta pode cumprirse ou non corresponde ao órgano de contratación, que debe sopesar as alegacións formuladas pola empresa licitadora e os informes emitidos polos servizos técnicos. Non se trata de que o licitador xustifique exhaustivamente a oferta desproporcionada, senón de prover de argumentos que permitan ao órgano de contratación chegar á convicción de que se pode levar a cabo.

Tampouco resulta necesario que por parte do licitador se proceda á desagregación da oferta económica, nin a unha acreditación exhaustiva dos distintos compoñentes dela, senón que abonda con que ofrezca ao órgano de contratación

argumentos que permitan explicar a viabilidade e seriedade da oferta, ao que engadir que os argumentos ou xustificacións achegados polo licitador deben ser máis profundos canto maior sexa a desproporción da oferta. Finalmente debe atribuírse ao poder adxudicador un amplo marxe na apreciación da temeridade, con límites como o erro, a arbitrariedade, etc... Tamén na nosa Resolución TACGal 45/2018 indicábamnos respecto á exclusión dun licitador que este era un resultado especialmente gravoso, polo que a proporcionalidade non é un principio menor ao respecto.

O artigo 149 da LCSP establece ao respecto das baixas anormais un procedemento contradictorio para evitar que as ofertas desproporcionadas sexan rexeitadas sen comprobar previamente a súa viabilidade, permitindo ao licitador explicar os elementos que tivo en conta para configurar a súa oferta. Estes trámites teñen por obxecto evitar a arbitrariedade do poder adxudicador e garantir a axeitada competencia entre as empresas (Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Neste caso, o recorrente argumenta que a oferta do adxudicatario incumpre o establecido nos pregos da licitación e no artigo 149 da LCSP, xa que os custos salariais estimados non se corresponden co esixido polo convenio colectivo de aplicación. Ademais, sinala que a xustificación presentada non se axusta ao determinado nos pregos da licitación, posto que non se reflicte a desagregación dos custos salariais e, finalmente, argumenta o recorrente que a xustificación presentada non recolle outra serie de gastos, salariais e non salariais, necesarios para a execución do contrato.

Centrados na xustificación presentada polo licitador adxudicatario, o primeiro que resalta é a súa limitada extensión e o seu carácter esquemático, tendo en conta as características e importe da licitación e as esixencias ao respecto establecidas no propio PCAP.

Debemos resaltar aquí que da oferta realizada pola adxudicataria -10,65 euros/hora- resulta unha baixa considerable respecto ao tipo de licitación do 26,45%, máis aínda posta en relación coa baixa da outra licitadora, que non alcanza o 4%, todo iso no marco dun servizo no que o prezo do mesmo deriva de xeito principal do gasto de persoal. Procede sinalar a relevancia deste dato, e non tanto do relativo á diferenza da oferta respecto ao limiar da baixa temeraria como realiza o adxudicatario nas súas alegacións, posto que neste caso débese ter en conta que existindo unicamente dous adxudicatarios, ese limiar resulta de xeito principal da propia baixa do adxudicatario.

Lembremos neste sentido que, en consonancia co establecido no artigo 149 da LCSP, o prego fixaba con claridade os termos nos que se debía producir a xustificación da oferta desproporcionada, que debía aportar información sobre os materiais a empregar e os gastos de persoal -acreditando a xustificación do cumprimento do convenio colectivo-, ademais de poder facer referencia ao volume de contratación da empresa allea a esta licitación.

Pasando a analizar os gastos de persoal e o cumprimento nese sentido do convenio colectivo aplicable, cabe sinalar que a mesa de contratación na súa análise da xustificación presentada, deu ese cumprimento como probado, de acordo co sinalado no informe técnico emitido no que se indicaba que:

“De la documentación presentada se comprueba que la oferta económica presentada cumple con el Convenio colectivo considerado: El Convenio colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia (DOG 16/02/2010) y del 6/11/2018 de la DXRL (DOG 21/11/2012), es decir, se respeta lo normativo laboral aplicable.”

Como se pode apreciar, non aparece reflectido razoamento nin cálculo ao respecto que acredite a conclusión expresada. Sen embargo, o informe do órgano de contratación a este recurso si recolle argumentación en tal sentido, se ben dun xeito dificilmente acollible.

Así, sinala que segundo o convenio colectivo aplicable para o ano 2018 resulta un *“coste hora por auxiliar de 10,46€ hora de traballo, é dicir, un importe inferior ao prezo hora ofertado por Sanamede S.L.”*. E engade que esta cantidade multiplicada polas horas totais licitadas da como resultado dos gastos salariais *“un importe de 447.604,32€, é dicir, unha cantidade inferior á ofertada por Sanamede S.L., que é de 455.734,80€”*.

Isto lle leva a concluír noutro punto do informe que *“a oferta total realizada si é suficiente para cubrir ditos costes, aínda que a costa de destinar a sufragar ditas obrigas con cargo a outras partidas como é o beneficio industrial ou os ingresos xerados por outros contratos”*.

Pois ben, nada do dito polo órgano de contratación resulta da xustificación da oferta presentada polo adxudicatario. Na mesma o custo da hora do auxiliar se cifra en 9,75 euros, non 10,46 como procedería segundo o órgano de contratación. En consecuencia, os gastos de persoal só ascenden a 417.222 euros, moi por debaixo dos 447.604,32 euros nos que os cifra o órgano de contratación.

Debemos salientar que o que debeu ter en conta o órgano de contratación era a xustificación presentada polo licitador e os cálculos por el aportados e sobre eles fundamentar o seu pronunciamento sobre a viabilidade da oferta.

Ao respecto, non é acollible que o órgano de contratación modifique os termos nos que a oferta foi configurada polo licitador, ata chegar a sinalar que aboará salarios superiores aos indicados pola empresa e que eses maiores custos se sufragan con cargo aos beneficios da licitación, algo que se afasta entón da vontade expresada polo adxudicatario no trámite concedido para xustificar a súa oferta, e na que non fixo ningunha referencia ao sinalado polo órgano de contratación.

Así, nese trámite previsto legalmente no artigo 149 da LCSP é ao licitador a quen lle corresponde xustificar a súa oferta, conforme aos parámetros establecidos na propia lei e, neste caso concreto, no propio PCAP de forma clara. Esa xustificación a presentar, como xa expresamos e sinala con rotundidade a doutrina dos Tribunais Administrativos, non ten que supoñer unha xustificación exhaustiva de cada elemento da oferta, pero iso non significa de ningún xeito que o órgano de contratación poida suplir as eivas desa xustificación ata chegar a reconfigurar a propia oferta do licitador.

Como sinala a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de data 16.03.2017 (Roj STSJ Gal 1888/2017) no trámite de xustificación dunha oferta desproporcionada *“lo que se tiene que justificar es la oferta presentada, no otra en la que, aunque el importe total sea el mismo, se modifican los de los diversos conceptos que lo integran”*.

En consecuencia, procede anular o acordo de adxudicación, tal e como solicita o recorrente no seu escrito de impugnación. Agora ben, non sendo procedente aceptar as explicacións recollidas no informe do órgano de contratación a este recurso respecto a viabilidade da oferta, tal e como analizamos anteriormente, e non existindo como vimos un razoamento da mesa de contratación sobre esa viabilidade e, especificamente, sobre o cumprimento das condicións salariais establecidas no convenio colectivo de aplicación en base aos datos aportados polo adxudicatario, procede acordar a retroacción do procedemento aos efectos de que a mesa de contratación analice a xustificación presentada polo licitador o día 7.12.2018 e se pronuncie expresa e fundadamente sobre a súa viabilidade e, de xeito concreto, sobre o cumprimento das condicións salariais fixadas no convenio colectivo de aplicación, aos efectos de propoñer ao órgano de contratación o procedente. Tamén, no seu caso, se teñen incidencia partidas como as derivadas das baixas ou do abstentismo laboral.

Ao respecto dese análise a efectuar sobre a viabilidade da oferta, xa debemos sinalar que hai diversos aspectos a ter en conta. No referente aos gastos de persoal, por exemplo, o traballador social, se dalgunha maneira participa na prestación do obxecto contractual, algún reflexo económico parece lóxico que resulte. Por outra banda, tamén debe ser analizado o cálculo do gasto en medios materiais, xa que aínda que na xustificación dos cálculos efectuados incorpora unicamente como gasto a compra de luvas, tamén anexa documento xustificativo da compra dos uniformes de traballo esixidos nos pregos da licitación.

Para esgotar os termos do debate, sinalar que non se pode acoller a doutrina expresada no informe do órgano de contratación, ao respecto da falta de relevancia das obrigas laborais na xustificación das baixas dos licitadores, no marco legislativo anterior á LCSP. Por un lado, porque é o propio PCAP, como *lex contractus*, o que establece como obriga que *“deberá acreditarse la justificación del cumplimiento del convenio colectivo de aplicación en el sector”*. Pero ademais, e se cabe aínda máis relevante, é que esa redacción é consecuencia do establecido na propia LCSP, que no artigo 149 obriga a rexeitar as ofertas se non cumpren *“os convenios colectivos sectoriais vixentes”*.

O aquí expresado é conforme coa recente Resolución 1147/2018 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, na que expresamente sinala:

“En todo caso, la oferta habrá de rechazarse si de la misma se deduce que los costes no cubren los salarios de los trabajadores, teniendo en cuenta el convenio sectorial de aplicación u otras obligaciones medioambientales o de la normativa sectorial o cuando se base en hipótesis o prácticas inadecuadas. Conviene destacar que esta exigencia legal obliga a este Tribunal a modificar la doctrina hasta ahora seguida al respecto, por ejemplo, en resolución 261/2016”.

Tampouco se pode acoller a alegación do adxudicatario de que se está a proceder neste recurso á impugnación indirecta dos pregos da licitación. O escrito do recurso diríxese contra o que entende como incorrecta e incompleta xustificación da súa oferta pola empresa adxudicataria, sen que se faga ningunha mención, apenas indirecta, á existencia de incorrección dos pregos da licitación.

Pretender fundamentar esa alegación en que o custo do salario do persoal auxiliar significado na xustificación da oferta é coincidente co recollido nos pregos, non podería obviar o feito de que o prezo hora fixado neses pregos ascende a 14,48 euros sendo a oferta do adxudicatario de 10,65.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por SERVIZOS SOCIAIS ULLASAR, S.L.U. contra o acordo de adxudicación do contrato do servizo de axuda no fogar, modalidade dependencia, licitado polo Concello de Lousame, ordenando a retroacción do procedemento segundo o expresado nesta Resolución.

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 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.