

Recurso nº 50/2019

Resolución nº 50/2019

**RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 4 de marzo de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. S.L.R. e D^a A.G.M. actuando en nome e representación do SINDICATO NACIONAL CCOO DE GALICIA contra os pregos da licitación do contrato do servizo de axuda no fogar, expediente 2019/C004/000001, do Concello de 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 de Laracha convocouse a licitación do contrato do servizo de axuda no fogar, cun valor estimado declarado de 3.692.744,69 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos do Sector Público o día 04.02.2019 e no DOUE o día 06.02.2019.

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 sindicato recorrente impugna os pregos da licitación por entender que os mesmos incumpren o esixido na LCSP.

Cuarto.- O día 21.02.2019 o SINDICATO NACIONAL CCOO DE GALICIA interpuxo recurso especial en materia de contratación, mediante a súa presentación no rexistro electrónico do Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Quinto.- No mesmo día reclamouse ao Concello de Laracha 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 26.02.2019.

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.- No nosa anterior Resolución 37/2019 xa analizabamos as posibilidades de impugnación no caso dos sindicatos recorrentes. Así o artigo 48 outorga unha lexitimación con perfís propios cando se trata das organizacións sindicais, sinalando:

“Estarán tamén lexitimadas para interpor este recurso contra os actos susceptibles de seren impugnados as organizacións sindicais cando das actuacións ou decisións impugnables se poida deducir fundadamente que estas implican que no proceso de execución do contrato o empresario incumpra as obrigacións sociais ou laborais respecto dos traballadores que participen na realización da prestación”

Polo tanto, a LCSP vincula expresamente a existencia de lexitimación a que “se poida deducir fundadamente” que os concretos actos obxecto de impugnación impliquen un incumprimento das obrigacións sociais ou laborais na fase de execución contractual, cuestión que deberá resultar do texto do recurso.

Neste caso, o sindicato impugna os pregos da licitación referíndose en primeiro lugar ao orzamento previsto con base no incorrecto cálculo dos custos salariais, o que xa determina que proceda outorgarlle a debida lexitimación a ese respecto posto que dese concreto motivo impugnatorio alegado no recurso se deduce fundadamente unha posible incidencia nas obrigacións sociais ou laborais respecto dos traballadores.

Ademais, impugna outras cuestións ás que nos referiremos ao longo desta Resolución, analizando o que proceda en cada caso sobre a súa lexitimación con base no artigo 48 referido.

Cuarto.- Publicándose os pregos da licitación o día 05.02.2019, o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Impugnándose os pregos dunha licitación dun contrato de servizos cun valor estimado superior a 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- O recorrente critica a cláusula 4 do PCAP relativa ao orzamento e valor estimado do contrato, por entender que as empresas licitadoras non poderán cumprir as súas obrigas laborais, entendendo incumplidos os artigos 100, 101 e 122, así como o 201 da LCSP.

Ademais, alega outras deficiencias no cálculo do orzamento contractual, así como un criterio de adxudicación e unha obriga contractual fixada no PPT, todos os cales iremos analizando nesta Resolución.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse aos motivos alegados no recurso, coa argumentación á que, segundo proceda, faremos referencia nesta Resolución.

Oitavo.- Antes de entrar a analizar o fondo do recurso presentado, debemos facer expresa mención ás características da súa presentación, pois o mesmo consta de dúas partes, como documentos diferenciados e asinados por persoas diferentes, se ben ambos como representantes do sindicato impugnante. Pois ben, sendo certo que os dous escritos formalmente impugnan o mesmo acto, a realidade é que un dos mesmos en nada se axusta nas súas afirmacións ao contido dos pregos desta licitación, carecendo da mínima congruencia esixible a unha impugnación como a presente, así como da dilixencia necesaria para a súa presentación.

Polo tanto, e como non pode ser doutro xeito, nesta Resolución analizarase o contido do único escrito axustado á vontade impugnatoria do sindicato recorrente.

Trataremos en primeiro lugar as impugnacións referentes ao orzamento da licitación. O recorrente entende vulnerados de xeito principal os artigos 100 e 101 da LCSP, e como consecuencia a esixencia dos pregos da licitación de prever a obriga do adxudicatario de cumprir as condicións salariais (artigo 122 LCSP) e a adopción de medidas que garantan que non se incumpra a lexislación laboral (artigo 201 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 previse 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 previse 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. (...)”

Esta cuestión da relevancia do correcto cálculo e indicación do orzamento xa foi obxecto de análise en diversas Resolucións deste Tribunal (Resolucións 46/2018, 10/2019, 14/2019, 20/2019 ou 37/2019). Na 46/2018 xa sinalabamos:

“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.”

O primeiro que debemos salientar neste caso é que non consta nos pregos da licitación a necesaria desagregación do orzamento do contrato, o que vulnera o previsto no artigo 100.2 da LCSP. Así, a única mención a este respecto existente no PCAP do contrato refírese á cifra do orzamento global do contrato, así como o custo/hora segundo o tipo de prestación, sen desagregación de ningún tipo.

Este deber de desagregar nos documentos da licitación o orzamento da mesma é unha esixencia expresa recollida no artigo 100 da LCSP e, como tal, debe ser cumprida. Así o sinalou este TACGal nas nosas Resolucións xa citadas 10/2019, 14/2019, 20/2019 ou 37/2019 e igualmente, por exemplo, o Tribunal Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 632/2018:

“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. Tal 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). Pero también a la hora de imponer el rechazo de las ofertas anormalmente bajas que no cumplan con la normativa laboral, incluyendo lo dispuesto en los convenios colectivos de carácter sectorial, así como la obligación a los órganos de contratación de velar por su

cumplimiento de las condiciones salariales una vez adjudicado el contrato, y erigiéndose su infracción en causa de imposición de penalidades.(...)

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.”

E tamén o propio TACRC na súa 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”.

En sentido similar pronúnciase o Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía na súa Resolución 271/2018.

Polo tanto, a inexistencia nos pregos da licitación de calquera información ao respecto determina xa de por si, a necesidade de estimación do recurso presentado. A obriga fixada polo artigo 100 da LCSP é clara e expresa, e ten unha incidencia fundamental na configuración das ofertas polos licitadores e, polo tanto, nos principios reitores da contratación pública (así o sinalamos na Resolución 10/2019).

A obriga recollida no artigo 100.2 da LCSP está en consonancia coa relevancia outorgada pola propia lei ao cumprimento das condicións laborais e concretamente salariais, e esa obriga ten unha dobre finalidade. Por un lado, que o órgano determine correctamente o orzamento da licitación, de acordo cos prezos de mercado e con especial relevancia aos custes salariais. Pero por outro, que non se pode ignorar en consonancia co principio de transparencia promulgado no propio artigo 1 da LCSP, a

que se refire á incorporación dese cálculo desagregado no prego de cláusulas administrativas, como garantía necesaria de que ese orzamento se axusta ao esixido legalmente - “a tal efecto”, na expresión utilizada polo artigo 100.2-.

En consecuencia, a falta de posta a disposición desa información dificulta a configuración da súa oferta polos licitadores e o dereito á impugnación, neste caso dun sindicato, do que poidan entender como incorrecto na estimación do orzamento, con especial relevancia en supostos coma o presente en que os custos salariais son especialmente significativos pois supoñen unha parte moi cualificada dos gastos previstos.

O órgano de contratación argumenta ao respecto no seu informe que *“este concello publicou xunto co prego de prescricións técnicas un anexo relativo ás traballadoras/es a subrogar por parte da empresa”*. 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 obrigaón 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 (así xa indicado na nosa Resolución 46/2018).

É certo que consta no expediente unha memoria económica onde se analizan os distintos compoñentes do orzamento de licitación e os cálculos realizados para alcanzar ese importe, pero o feito de que esa memoria económica non fora obxecto da mesma publicidade que os pregos da licitación impide entender a actuación como válida a estes efectos, ademais de que na mesma non consta a desagregación do custe por categorías do persoal esixida no artigo 100 da LCSP.

Analizando xa os concretos motivos de impugnación do orzamento alegados polo recorrente, o primeiro que debemos sinalar é que este Tribunal non aprecia lexitimación do sindicato ao respecto da impugnación do custo da oficina esixida na licitación, por ser este un aspecto que non ten incidencia nas obrigas laborais dos traballadores. Como sinalamos na nosa Resolución 37/2019 respecto a este mesmo recorrente:

“É dicir, atopámonos ante unha impugnación referente exclusivamente á propia configuración da fase de licitación e, como tal, allea á fase de execución onde reside

a lexitimación do sindicato impugnante, o que impide a este Tribunal proceder á súa análise, debendo inadmitir este concreto motivo de recurso.”

Sobre as ás concretas cuestións expostas polo recorrente e que afectan aos dereitos salariais dos traballadores, o certo é que analizada a memoria económica que consta no expediente atopamos diversas dificultades para poder estimala como correcta. Por un lado, o propio feito de que os importes do orzamento alí expresados non se correspondan cos recollidos nos pregos da licitación, sen que se mostre a este Tribunal explicación ao respecto, xa impide apreciar a mesma como xustificativa do orzamento da licitación e, polo tanto, entender o mesmo como correctamente calculado.

Igualmente, a memoria recolle expresamente que *“o custe de persoal por hora de servizo será o resultado de aplicar 572.725,74 euros (datos facilitados pola empresa referidos ao 2018...) ao número de horas previstas”*. Isto xa semella outorgar fundamento ao motivo de impugnación referido a que *“no se inclúen las tablas salariales obligatorias para el 2019”*, sen que o informe do órgano de contratación a este recurso aclare ese aspecto. Débese ter en conta que a sentenza de 29.10.2013 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia establece a vixencia do convenio colectivo e, en consecuencia, a actualización anual conforme aos recollido no mesmo dos importes salariais, e que o expediente desta licitación correspóndese ao ano 2019, resaltando que segundo o previsto no artigo 101.7 da LCSP o cálculo do valor estimado deberá vir referida *“ao momento do envío do anuncio da licitación”*.

Finalmente, sinalar respecto a esa mención recollida na memoria económica que, como sinalabamos na nosa Resolución 46/2018:

“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.”

Todo o cal determina a estimación deste motivo do recurso.

O recorrente ademais fai referencia a diversas cuestións como a ausencia dos custos do plus de dispoñibilidade, do absentismo laboral ou da substitución das

vacacións. Ao respecto, debemos indicar, con cita novamente da nosa anterior Resolución 37/2019 que, nun caso coma o presente no que se pretende a revogación por incorrecto do orzamento dunha licitación, eses argumentos e cálculos alternativos aos establecidos polo órgano de contratación deben constar no recurso presentado co suficiente detalle para permitir a este Tribunal a súa análise comparativa co orzamento impugnado, especificando coa suficiente claridade e especificidade os concretos defectos que motivan o recurso. Ademais, respecto da denominada “*bolsa de horas en positivo*”, non se atopa nos pregos da licitación a referencia sinalada no recurso. O que determina que proceda desestimar eses alegacións.

Noveno.- Por outra banda, o sindicato recorrente impugna outros dous aspectos da licitación.

Por un lado, que se recolla na cláusula 13 do PCAP como criterio de adxudicación o “*protocolo de información de las medidas de prevención de riesgos laborales al personal auxiliar*”, indicando que “*no puede ser puntuable ya que las medidas de prevención de riesgos laborales es un derecho de los trabajadores, por lo que no cabe la posibilidad de puntuación*”.

Comprobamos polo tanto que o recorrente nesta impugnación non fundamenta unha posible incidencia nas obrigas laborais respecto aos traballadores, senón que unicamente critica a puntuación deste criterio. É dicir, atopámonos ante unha impugnación referente exclusivamente á propia configuración da fase de licitación e, como tal, allea á fase de execución onde reside a lexitimación do sindicato, impugnante, o que impide a este Tribunal proceder á súa análise, debendo inadmitir este concreto motivo de recurso.

O segundo aspecto impugnado refírese á cláusula 7 do PPT que recolle como obriga dos auxiliares de axuda no fogar que “*non poderán traballar de forma privada en servizos realcionados con coidados de persoas ou atención domésticas dentro do termo municipal de Laracha*”.

Se ben se pode entender como recomendable unha menor xeneralidade na redacción da cláusula en cuestión, o certo é que na función de estrito control negativo de legalidade no ámbito da contratación pública que lle corresponde a ese Tribunal, non se nos traslada nesa cláusula vicio de anulación nesa perspectiva. Ademais non entendemos vulnerado o artigo 21 do Estatuto dos Traballadores citado no recurso

posto que ese artigo non regula, como tal, a cuestión tratada na cláusula impugnada sen que o recurso recolla unha tese xurídica desenvolta, en todo caso.

O que determina que debamos desestimar estes motivos de impugnación.

En conclusión, procede estimar parcialmente o recurso presentado, anulando a cláusula 4 do PCAP correspondente ao orzamento, prezo e valor estimado da licitación por incumprimento do previsto nos artigos 100 e 101 da LCSP, ordenando a retroacción do procedemento de contratación ao momento anterior á súa aprobación de conformidade co previsto no artigo 57.2 da LCSP.

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 polo SINDICATO NACIONAL CCOO DE GALICIA contra os pregos da licitación do contrato do servizo de axuda no fogar, expediente 2019/C004/000001, do Concello de Laracha.

2. 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.