

Recurso nº 52/2019

Resolución nº 59/2019

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

En Santiago de Compostela, a 15 de marzo de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por dona A.M.F.D. actuando en nome e representación de PUERTAS AFUERA COMUNICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CULTURAL S.L. contra os pregos da contratación dun servizo de execución dos programas municipais de educación ambiental e no tempo de lecer do Concello de Oleiros, expediente 2019/CONTRAT/000015, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- O Concello de Oleiros convocou a licitación do contrato dun servizo de execución dos programas municipais de educación ambiental e no tempo de lecer, expediente 2019/CONTRAT/000015, cun valor estimado declarado de 697.477,87 euros. Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratación do Sector Público o 12.02.2019.

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

Terceiro.- Impugna o recurrente o orzamento base de licitación e a ponderación dos criterios de adxudicación, estando os dos pregos publicados o 12.02.2019.

Cuarto.- O 25.02.2019 PUERTAS AFUERA COMUNICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CULTURAL S.L (en adelante, PUERTAS AFUERA) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces cara isto na web deste Tribunal.

Quinto.- Con data 27.02.2019 reclamouse ao Concello de Oleiros o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 LCSP. A documentación foi recibida neste Tribunal o día 06.03.2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 07.03.2019, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- Este Tribunal en sesión do día 04.03.2019, acordou suspender o procedemento de contratación.

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 recorrente está lexitimada para interpoñer o presente recurso aínda que non teña a condición de licitador, pois precisamente as bases da convocatoria provócanlle ao seu entender un prexuízo que pretende remediar coa interposición do recurso e a obtención dunha resolución favorable. Neste sentido, as prestacións do contrato ao que se refire esta impugnación están incluídas no ámbito da súa actividade empresarial. Así se ten pronunciado este TACGal en Resolucións anteriores, por exemplo a 2/2018 ou 46/2018.

Cuarto.- Dadas a datas descritas, o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Tratándose dos pregos dun contrato de servizos con valor estimado superior a 100.000 euros, o recurso é admisible.

Sexto.- O recorrente expresa que o orzamento base de licitación non se desagregou de acordo co artigo 100 LCSP, e que estando este obxecto contractual nos referidos no Anexo IV LCSP, non se cumpre a porcentaxe mínima de criterios de valoración relativos á calidade establecido no artigo 145.4.2º.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao contido do recurso, sinalando que os datos facilitados nos distintos documentos do expediente da licitación permiten dar por cumprido o deber de información esixido na LCSP e que os criterios de adxudicación previstos nos pregos cumpren co establecido no artigo 145.4.2º.

Oitavo.- O primeiro motivo de impugnación do recorrente sinala que nos documentos da licitación non consta desagregado o orzamento da licitación, en incumprimento claro do establecido no artigo 100.2 da LCSP. A este respecto, indica que *“se toman los costes de forma agregada, sin especificar ni cuantificar ni una sola de las partidas que se han tenido en cuenta para el cálculo del presupuesto base de licitación y sin mencionar, en ningún caso, la posible distinción entre costes fijos y variables. Asimismo, debe extenderse esta afirmación a los costes laborales”*.

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 deberánse 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, deberánse 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, considerarase 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. (...)”

Analizando os diferentes documentos da licitación, resulta que tanto o prego de cláusulas administrativas como o cadro de características do contrato unicamente recollen o orzamento global e por hora de servizo. Por outra banda no Anexo II do PCAP faise unha remisión para o cálculo do orzamento ao PPT e á memoria xustificativa do contrato, pero en ningún deses documentos existe unha desagregación dos compoñentes do orzamento a licitación tal e como esixe o artigo 100.2.

Respecto a esta cuestión, este TACGal xa se ten pronunciado en numerosas ocasións. Na 46/2018 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.”

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 10/2019, 14/2019, 20/2019, 37/2019 ou 50/2019 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 e o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid na Resolución 388/2018.

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, indicándose os custos directos e indirectos e outros eventuais gastos calculados, dificulta a configuración da súa oferta polos licitadores e o seu dereito á impugnación 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.

O órgano de contratación argumenta ao respecto no seu informe que *“En canto á desagregación de custos laborais do persoal a subrogar na contratación, en cumprimento do artigo 130 LCSP, incluíuse no anexo XX do PCAP a información que se entende que se ha de facilitar ás empresas licitadoras”*, indicando os seus custos salariais. 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 obriga 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 correspondentes 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), e nese punto o concello incumpre as concretas obrigas previstas no artigo 100.2, como xa analizamos .

Así, debemos especificar que 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, como parece derivarse da pretendida equiparación do previsto nos artigos 100.2 e 130 da LCSP, 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.

Noveno.- A segunda alegación do recurso é a de esgrimir que como o contrato está dentro dos citados nos referidos no Anexo IV LCSP, non se cumpre a porcentaxe mínima de criterios de valoración relativos á calidade establecido no artigo 145.4.2º.

Este artigo 145.4.2º recolle:

“Nos contratos de servizos do anexo IV, así como nos contratos que teñan por obxecto prestacións de carácter intelectual, os criterios relacionados coa calidade deberán representar, polo menos, o 51 por cento da puntuación asignable na valoración das ofertas, sen prexuízo do disposto no número 2.a) do artigo 146.”

O CPV recollido no anuncio desta licitación é o de 92000000, constando no Anexo IV os de “de 92000000-1 a 92342200-2”, polo que entendemos aplicable ese precepto reproducido.

O recorrente parte de que son criterios de calidade os sometidos a xuízos de valor (de feito, este se denomina “Calidade do proxecto educativo”), que ten 90 puntos, pero directamente engloba como criterios que non son “relacionados coa calidade” - que é o que recolle o artigo-, todos os incluídos aquí como sometidos a criterios automáticos. Estes son: Menor prezo, 70 puntos; Melloras salariais, 20 puntos e Oferta de bolsa de horas a maiores, 10 puntos; total 100 puntos.

Existe, neste punto, unha observación que é necesario facer. Non existe un automatismo coma ese de forma que todo criterio sometido a avaliación obxectiva xa non computa como criterio “relacionados coa calidade”, aos efectos do artigo 145.4.2º. A efectos de se debe actuar na avaliación un comité de expertos, si que se debe atender a se os sometidos a fórmulas teñen unha ponderación superior aos cuantificables con xuízo de valor (artigo 146.2.a). Polo tanto, non cabe mesturar ambas determinacións.

Por exemplo, o Informe 5/2018 de 26 de xullo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade de Madrid, conclúe:

“ En los contratos de servicios del Anexo IV de la LCSP, así como en los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios de calidad que

deben representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable a la valoración de las ofertas, pueden ser evaluables tanto de forma automática como mediante juicios de valor, procediendo la constitución del comité de expertos sólo en el supuesto de que éstos tengan atribuida una ponderación mayor que los evaluables de forma automática.”

No mesmo sentido, Resolución 237/2018 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

Dito isto, queda entón por comprobar se algún dos criterios desta licitación sometidos á avaliación automática está relacionado coa calidade.

Pois ben, cando o artigo 149.2 alude á calidade, recolle:

“2. A mellor relación calidade-prezo avaliarase conforme criterios económicos e cualitativos.

Os criterios cualitativos que estableza o órgano de contratación para avaliar a mellor relación calidade-prezo poderán incluír aspectos ambientais ou sociais, vinculados ao obxecto do contrato na forma establecida no número 6 deste artigo, que poderán ser, entre outros, os seguintes:

1.º A calidade, incluído o valor técnico, as características estéticas e funcionais, a accesibilidade, o deseño universal ou deseño para todas as persoas usuarias, as características sociais, ambientais e innovadoras, e a comercialización e as súas condicións.”

Este último parágrafo asume o establecido no artigo 67.2.a) da Directiva 2014/24/UE. No seu considerando 92, menciona: *“En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales.”*

Na mesma liña, a Exposición de motivos da LCSP aclara:

“Os obxectivos que inspiran a regulación contida na presente lei son, en primeiro lugar, lograr unha maior transparencia na contratación pública e, en segundo lugar, conseguir unha mellor relación calidade-prezo.

Para lograr este último obxectivo por primeira vez, establécese a obrigaón dos órganos de contratación de velar por que o deseño dos criterios de adxudicación

permita obter obras, subministracións e servizos de gran calidade, concretamente mediante a inclusión de aspectos cualitativos, ambientais, sociais e innovadores vinculados ao obxecto do contrato.”

Polo tanto, aos exclusivos efectos do debate presentado, dado que o criterio titulado como Melloras salariais ten reflexo no listado recollido no artigo 145.2.1º LCSP, non hai vulneración do artigo 145.4.2º en canto a que os criterios relacionados coa calidade deberán representar, polo menos, o 51 por cento da puntuación asignable na valoración das ofertas, sen necesidade de abordar máis análises ao respecto.

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 PUERTAS AFUERA COMUNICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CULTURAL S.L. contra os pregos da contratación dun servizo de execución dos programas municipais de educación ambiental e no tempo de lecer do Concello de Oleiros, expediente 2019/CONTRAT/000015.

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.