

Recurso nº 52/2019**Resolución nº 59/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña A.M.F.D. actuando en nombre y representación de PUERTAS AFUERA COMUNICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CULTURAL S.L. contra los pliegos de la contratación de un servicio de ejecución de los programas municipales de educación ambiental y en el tiempo de ocio del Ayuntamiento de Oleiros, expediente 2019/CONTRAT/000015, 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.- El Ayuntamiento de Oleiros convocó la licitación del contrato de un servicio de ejecución de los programas municipales de educación ambiental y en el tiempo de ocio, expediente 2019/CONTRAT/000015, con un valor estimado declarado de 697.477,87 euros. Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 12.02.2019.

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.- Impugna el recurrente el presupuesto base de licitación y la ponderación de los criterios de adjudicación, estando los dos pliegos publicados el 12.02.2019.

Cuarto.- El 25.02.2019 PUERTAS AFUERA COMUNICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CULTURAL S.L (en adelante, PUERTAS AFUERA) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces hacia esto en la web de este Tribunal.

Quinto.- Con fecha 27.02.2019 se reclamó al Ayuntamiento de Oleiros el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 06.03.2019.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 07.03.2019, sin que se hubieran recibido alegaciones.

Séptimo.- Este Tribunal en sesión del día 04.03.2019, acordó suspender el procedimiento de contratación.

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.- El presente recurso se tramitó conforme a 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 aunque no tenga la condición de licitador, pues precisamente las bases de la convocatoria le provocan a su entender un perjuicio que pretende remediar con la

interposición del recurso y la obtención de una resolución favorable. En este sentido, las prestaciones del contrato al que se refiere esta impugnación están incluidas en el ámbito de su actividad empresarial. Así se ha pronunciado este TACGal en Resoluciones anteriores, por ejemplo la 2/2018 o 46/2018.

Cuarto.- Dadas las fechas descritas, el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Tratándose de los pliegos de un contrato de servicios con valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible.

Sexto.- El recurrente expresa que el presupuesto base de licitación no se desglosó de acuerdo con el artículo 100 LCSP, y que estando este objeto contractual en los referidos en el Anexo IV LCSP, no se cumple el porcentaje mínimo de criterios de valoración relativos a la calidad establecido en el artículo 145.4.2º.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone al contenido del recurso, señalando que los datos facilitados en los distintos documentos del expediente de la licitación permiten dar por cumplido el deber de información exigido en la LCSP y que los criterios de adjudicación previstos en los pliegos cumplen con lo establecido en el artículo 145.4.2º.

Octavo.- El primer motivo de impugnación del recurrente señala que en los documentos de la licitación no consta desglosado el presupuesto de la licitación, en incumplimiento claro de lo establecido en el artículo 100.2 de la 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”*.

El artículo 100 de la LCSP indica respecto al presupuesto base de la licitación:

“1. Para 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 añadidura, 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 mercado. 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 desagregada 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 siguientes 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, teniendo 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. (...)”

Analizando los diferentes documentos de la licitación, resulta que tanto el pliego de cláusulas administrativas como el cuadro de características del contrato únicamente recogen el presupuesto global y por hora de servicio. Por otra parte en el Anexo II del PCAP se hace una remisión para el cálculo del presupuesto al PPT y a la memoria justificativa del contrato, pero en ninguno de esos documentos existe un desglose de los componentes del presupuesto de la licitación tal y como exige el artículo 100.2.

Respecto a esta cuestión, este TACGal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones. En la 46/2018 señalábamos:

“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.”

Este deber de desglosar en los documentos de la licitación el presupuesto de la misma es una exigencia expresa recogida en el artículo 100 de la LCSP y, como tal, debe ser cumplida. Así lo señaló este TACGal en nuestras Resoluciones 10/2019, 14/2019, 20/2019, 37/2019 o 50/2019 e igualmente, por ejemplo, el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su 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.”

Y también el propio TACRC en su 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 se pronuncia el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía en su Resolución 271/2018 y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en la Resolución 388/2018.

Por lo tanto, la inexistencia en los pliegos de la licitación de cualquier información al respecto determina ya de por sí, la necesidad de estimación del recurso presentado. La obligación fijada por el artículo 100 de la LCSP es clara y expresa, y tiene un incidente fundamental en la configuración de las ofertas por los licitadores y, por lo tanto, en los principios rectores de la contratación pública (así lo señalamos en la Resolución 10/2019).

La obligación recogida en el artículo 100.2 de la LCSP está en consonancia con la relevancia otorgada por la propia ley al cumplimiento de las condiciones laborales y concretamente salariales, y esa obligación tiene una doble finalidad. Por un lado, que el órgano determine correctamente el presupuesto de la licitación, de acuerdo con los precios de mercado y con especial relevancia a los costes salariales. Pero por otro, que no se puede ignorar en consonancia con el principio de transparencia promulgado en el propio artículo 1 de la LCSP, la que se refiere a la incorporación de ese cálculo desglosado en el pliego de cláusulas administrativas, como garantía necesaria de que ese presupuesto se ajusta a lo exigido legalmente - “a tal efecto”, en la expresión utilizada por el artículo 100.2-.

En consecuencia, la falta de puesta a disposición de esa información, indicándose los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados, dificulta la configuración de su oferta por los licitadores y su derecho a la impugnación de lo que puedan entender como incorrecto en la estimación del presupuesto, con especial relevancia en supuestos como el presente en que los costes salariales son especialmente significativos.

El órgano de contratación argumenta al respecto en su informe que *“En cuanto al desglose de costes laborales del personal a subrogar en la contratación, en cumplimiento del artículo 130 LCSP, se incluyó en el anexo XX del PCAP la información que se entiende que se ha de facilitar a las empresas licitadoras”*, indicando sus costes salariales. 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 exige de hacer los análisis correspondientes de los artículos que regulan las condiciones económicas de la contratación (arts. 100-102 LCSP), a efectos del presupuesto y valor estimado (así ya indicado en nuestra Resolución 46/2018), y en ese punto el ayuntamiento incumple los concretas obligaciones previstos en el artículo 100.2, como ya analizamos .

Así, debemos especificar que 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, como parece derivarse de la pretendida equiparación de lo previsto en los artículos 100.2 y 130 de la LCSP, 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.

Noveno.- La segunda alegación del recurso es la de esgrimir que como el contrato está dentro de los citados en los referidos en el Anexo IV LCSP, no se cumple el porcentaje mínimo de criterios de valoración relativos a la calidad establecido en el artículo 145.4.2º.

Este artículo 145.4.2º recoge:

“En los contratos de servicios del anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, por lo menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2.a) del artículo 146.”

El CPV recogido en el anuncio de esta licitación es el de 92000000, constando en el Anexo IV los de “de 92000000-1 a 92342200-2”, por lo que entendemos aplicable ese precepto reproducido.

El recurrente parte de que son criterios de calidad los sometidos a juicios de valor (de hecho, este se denomina “Calidad del proyecto educativo”), que tiene 90 puntos, pero directamente engloba como criterios que no son “relacionados con la

calidad” - que es lo que recoge el artículo-, todos los incluidos aquí como sometidos a criterios automáticos. Estos son: Menor precio, 70 puntos; Mejoras salariales, 20 puntos y Oferta de bolsa de horas a mayores, 10 puntos; total 100 puntos.

Existe, en este punto, una observación que es necesario hacer. No existe un automatismo como ese de forma que todo criterio sometido a evaluación objetiva ya no computa como criterio “relacionados con la calidad”, a los efectos del artículo 145.4.2º. A efectos de si debe actuar en la evaluación un comité de expertos, sí que se debe atender a si los sometidos a fórmulas tienen una ponderación superior a los cuantificables con juicio de valor (artículo 146.2.1a). Por lo tanto, no cabe mezclar ambas determinaciones.

Por ejemplo, el Informe 5/2018 de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, concluye:

“ 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.”

En el mismo sentido, Resolución 237/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

Dicho esto, queda entonces por comprobar si alguno de los criterios de esta licitación sometidos a la evaluación automática está relacionado con la calidad.

Pues bien, cuando el artículo 149.2 alud a la calidad, recoge:

“2. La mejor relación calidad-precio se evaluará conforme criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos ambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el número 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, ambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.”

Este último párrafo asume lo establecido en el artículo 67.2.a) de la Directiva 2014/24/UE. En su 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.”*

En la misma línea, la Exposición de motivos de la LCSP aclara:

“Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, conseguir una mejor relación calidad-precio.

Para lograr este último objetivo por primera vez, se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, ambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.”

Por lo tanto, a los exclusivos efectos del debate presentado, dado que el criterio titulado como Mejoras salariales tiene reflejo en el listado recogido en el artículo 145.2.1º LCSP, no hay vulneración del artículo 145.4.2º en cuanto a que los criterios relacionados con la calidad deberán representar, por lo menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin necesidad de abordar más análisis al respecto.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por PUERTAS AFUERA COMUNICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CULTURAL S.L. contra los pliegos de la contratación de un servicio de ejecución de los programas municipales de educación ambiental y en el tiempo de ocio del Ayuntamiento de Oleiros, expediente 2019/CONTRAT/000015.

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.