

Recurso nº 71/2019**Resolución nº 71/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 29 de marzo de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. J.M.H.A. actuando en nome e representación da ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO contra os pregos da licitación do servizo de axuda no fogar/dependencia do Concello de Ponteareas, expediente 607/2019, 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 Ponteareas convocouse a licitación do contrato do servizo de axuda no fogar/dependencia, cun valor estimado declarado de 1.388.340 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE e na Plataforma de Contratos do Sector Público o 22.02.2019.

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

Terceiro.- O recorrente impugna os pregos da licitación en relación co orzamento e valor estimado da licitación.

Cuarto.- O día 13.03.2019 a ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación no rexistro electrónico do órgano de contratación. O recurso recibíuse neste TACGal xunto co expediente da licitación o día 18.03.2019. O informe ao que se refire o artigo 56.2 LCSP foi recibido o día 25.03.2019. O órgano de contratación transmite a inexistencia de licitadores neste intre.

Quinto.- Este Tribunal en sesión do día 22.03.2019 acordou suspender o procedemento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis 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 aos 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.- O recurso preséntase en nome dunha asociación de empresarios do ámbito sectorial que se corresponde co obxecto contractual e diríxese contra os pregos da licitación, polo que ostenta a debida lexitimación en base ao previsto no artigo 48 da LCSP.

Cuarto.- Os pregos foron publicados o día 22.02.2019, polo que 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 impugna os pregos da licitación polo que se refire ao orzamento e valor estimado do contrato, alegando que non se cumpre coa obriga de

desagregación establecida no artigo 100.2 da LCSP e que o cálculo realizado adoece de diversos erros que determinan que o orzamento sexa inferior aos custos reais do servizo.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao contido do recurso cun escrito ao que faremos referencia ao longo desta resolución.

Oitavo.- Os motivos de impugnación céntranse no indebido cálculo do orzamento da licitación e a información ao respecto facilitada polo órgano de contratación.

A este respecto, a regulación legal dos distintos importes económicos relevantes nunha licitación aparece recollida nos artigos 100 a 102 da 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 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, 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. (...)

Con relación á determinación do prezo o artigo 102.3 da LCSP, establece que:

“Os órganos de contratación coidarán de que o prezo sexa adecuado para o efectivo cumprimento do contrato mediante a correcta estimación do seu importe, atendendo ao prezo xeral de mercado, no momento de fixar o orzamento base de licitación e a aplicación, de ser o caso, das normas sobre ofertas con valores anormais ou desproporcionados.

Naqueles servizos en que o custo económico principal sexan os custos laborais, deberánse considerar os termos económicos dos convenios colectivos sectoriais, nacionais, autonómicos e provinciais aplicables no lugar de prestación dos servizos.”

O primeiro que debemos salientar neste caso é que analizados os documentos da licitación, consta na cláusula 4 do PCAP o importe do orzamento do contrato e unha desagregación do “importe por hora de traballo” na que se indica unha cifra dos gastos de persoal de xeito global global e outra serie de custos estimados, ademais dos gastos xerais e beneficio industrial.

Polo que afecta á resolución deste recurso, non existe no expediente da licitación remitido a este Tribunal ningún documento nin informe xustificativo no que queden reflectidos os cálculos realizados para acadar esa cifra de gastos de persoal fixada no PCAP. Así, esa mera indicación dun importe total incumpre xa o deber de desagregación esixido no artigo 100.2 da LCSP, que establece con claridade que neste tipo de contratos os custos salariais indicaranse “*de forma desagregada*” con especial mención á categoría profesional.

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, 50/2019 ou 59/2019 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-.

Xa explicamos ademais en anteriores Resolucións deste TACGal que non se podería argumentar que a información facilitada do persoal a subrogar permite suplir esa falta de desagregación. O artigo 130 da LCSP é certo que 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 aos 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 derivado da 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.

Na Resolución 46/2018 xa sinalábamos nese sentido que:

“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.”

Ademais, outro impedimento a esa equiparación é que neste caso concreto non semella existir unha exacta equivalencia entre as condicións de prestación do servizo e as do persoal a subrogar.

Igualmente, e á vista do recurso presentado e das alegacións formuladas no mesmo con indicacións precisas sobre determinados gastos salariais, o feito de que non exista no expediente da licitación remitido a este Tribunal ningunha xustificación do orzamento da licitación impide xa a este Tribunal poder estimalo como correcto, ao resultar descoñecidos os parámetros que serviron de base para o seu cálculo e non constar que se axuste aos prezos de mercado nin que se tivesen especialmente en conta os custos laborais derivados dos convenios colectivos sectoriais de aplicación, como esixen os artigos anteriormente transcritos da LCSP.

A este respecto, o informe remitido polo órgano de contratación para este recurso non rebate, como tales, os argumentos expresados na impugnación nin os detallados cálculos realizados polo recorrente. É preciso salientar que se ben a carga da proba neste procedemento de recurso corresponde ao recorrente, o informe preceptivo do órgano de contratación debe expresar as razóns e motivacións da súa postura sobre as cuestións que son obxecto de debate. Como sinala a Resolución 34/2015 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón, TACPA en adiante (no mesmo sentido, Resolución 116/2018 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León):

“La finalidad del informe es proporcionar al Tribunal datos, valoraciones y opiniones precisos, para la formación de su voluntad y la adopción de sus acuerdos o resoluciones”.

Máis achegado ao caso é o que, ao respecto, recolle o Acordo TACPA 63/2013:

“Este Tribunal considera que las alegaciones del recurrente no han sido desvirtuadas por el informe del órgano gestor al recurso, ni consta en el expediente la forma de determinación del precio del contrato. En consecuencia, este Tribunal carece de elementos objetivos para entender si el precio es adecuado al mercado, lo que impide contrastar los argumentos de parte”

De feito, o propio informe que se nos remite para este recurso especial dende o órgano de contratación semella confirmar determinadas deficiencias no cálculo do orzamento da licitación, ao indicar o seguinte: *“considerándose como correcto o importe resultante, sen perxuízo de terse advertido ao Concello o feito de terse visto afectada a actividade do servizo a domicilio con posterioridade á elaboración do documento contratado a este Despacho Profesional e con anterioridade á súa aprobación plenaria, por pronunciamentos do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia e actualizacións de custes salariais”*.

En definitiva, procede estimar o recurso presentado anulando a cláusula 4 do prego de cláusulas administrativas particulares no que se refire ao orzamento e valor estimado da licitación.

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

1. **Estimar** o recurso interposto pola ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO contra os pregos da licitación do servizo de axuda no fogar/dependencia do Concello de Ponteareas.

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.