

Recurso nº 33/2021

Resolución nº 39/2021

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

En Santiago de Compostela, a 16 de febreiro de 2021.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto pola ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL) contra os pregos do contrato do servizo de limpeza dos edificios e dependencias municipais do Concello das Neves, expediente 711/2019 dese Concello, 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 das Neves convocouse a licitación do contrato descrito no encabezamento, cun valor estimado declarado de 208.717,10 euros.

Segundo.- O 08.02.2021 a ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL) interpuxo recurso especial en materia de contratación.

Terceiro.- Tras a correspondente solicitude, recibíuse o expediente e informe ao que se refire o artigo 56 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP), onde se nos traslada a inexistencia de licitadores nese intre.



Cuarto.- O 12.02.2021 acordouse a medida cautelar de suspensión, sen afectación ao prazo concedido para a presentación de ofertas ou proposicións por parte dos interesados.

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 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 Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual aprobado polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro.

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

Cuarto.- O recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Ao impugnarse os pregos nun contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, o recurso é admisible.

Sexto.- O recorrente impugna o orzamento da licitación pois considera que este non cubre os gastos salariais totais derivados da aplicación do convenio colectivo sectorial de aplicación, ademais de non atoparse debidamente desagregado.

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. (...)”

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, deberanse considerar os termos económicos dos convenios colectivos sectoriais, nacionais, autonómicos e provinciais aplicables no lugar de prestación dos servizos.”

Debemos comezar indicando, en relación con parte das alegacións recollidas no informe do órgano de contratación, que este Tribunal ten xa establecido en numerosas Resolucións unha consolidada doutrina ao respecto do entendemento do contido dos artigos precedentes e a súa relevancia cara á conformación e á expresión nos pregos do orzamento e do valor estimado dunha licitación (así, entre outras as Resolucións 46/2018, 10/2019, 14/2019, 15/2019, 248/2019, 35/2020, 59/2020 ou 65/2020).

Na Resolución 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.”

Polo que se refire ao deber de desagregación indicado no propio artigo 100, este TACGal tamén expresou que a obriga fixada polo artigo 100 da LCSP é clara e expresa, cunha incidencia fundamental na configuración das ofertas polos licitadores e, en consecuencia, nos principios reitores da contratación pública (así o sinalamos na Resolución 10/2019).

Se acudimos entón á memoria-estudio económico que conta no expediente da licitación, observamos que os custos salariais aparecen determinados polos custos do persoal a subrogar máis unha cantidade polas maiores horas de traballos que se necesitan necesarias, calculada con base a un prezo/hora do que, xa o debemos indicar, non aparece indicada a súa orixe.

Este cálculo, máis un concepto que se denomina como previsión actualización do convenio, determina o “total custos de persoal” estimado na licitación por importe de 89.328,36 euros.

O recorrente, que achega no seu recurso cálculos ao respecto e acompaña o texto do convenio de aplicación, considera que esa contía é insuficiente para cubrir os custos do persoal en aplicación dese convenio.



Efectivamente, se dividimos ese importe total de custos de persoal entre as horas de servizo previstas na licitación, resúltanos un prezo hora que non se axusta aos importes retributivos previstos no convenio de aplicación para o ano 2021. Así, os cálculos que se achegan polo recorrente a este respecto, que non se rebaten ademais no informe a este recurso do órgano de contratación, aparecen axustados ao contido dese convenio, polo que engadíndolles os correspondentes importes por cotizacións sociais indicados polo órgano de contratación nos resultan uns custos mínimos por persoal que non se corresponden aos previstos nos cálculos do orzamento desta licitación.

Como sinalamos anteriormente, o órgano de contratación limitouse a trasladar en boa medida os datos do persoal suxeito a subrogación, pero como apuntou este Tribunal en numerosas ocasións, a existencia dese deber de subrogación -e con independencia da súa lóxica relevancia a estes efectos- non pode substituír por si mesmo a necesaria análise e determinación polo órgano de contratación das magnitudes económicas.

Na Resolución 46/2018, por exemplo, explicabamos:

“O órgano de contratación, polo tanto, conforme á regulación prevista na LCSP, debeu fixar as condicións económicas da licitación tendo en conta o obxecto do contrato e fundamentalmente, as definicións das funcións a realizar que veñen especificadas na cláusula 2 do PPT e, en base a elas e á vista do establecido no convenio colectivo de aplicación, fixar a categoría e o persoal necesario para levar a efecto o contrato, e calcular entón o orzamento e o valor estimado, sen que caiba partir dun mero automatismo do que derivaba da previa prestación deste servizo, sen prexuízo dos datos de interese que ese precedente poida aportar.

En resumo, é obriga do órgano de contratación determinar os traballos obxecto do contrato a licitar e, en base a tal análise, fixar o gasto do persoal necesario para levalos a cabo, en función das categorías profesionais e resto de condicións salariais fixadas polo convenio colectivo aplicable, pois así o esixen os artigos 100, 101 e 102 da LCSP. E esta obriga non se pode dar por cumprida coa simple mención do persoal a subrogar, pois iso pode supoñer unha incorrecta estimación do orzamento e do valor estimado do contrato.”

A este respecto, sinalar tamén que na propia información do persoal a subrogar consta que unha parte dese persoal non está na actualidade suxeita a convenio.



Este Tribunal reconece, como sinala o informe do órgano de contratación, que a fixación das condicións económicas dunha licitación entra no ámbito da discrecionalidade técnica do órgano de contratación, pero iso non impide a análise e ulterior anulación deste Tribunal se precisamente se aprecia erro ou incongruencia no cálculo realizado.

Igualmente, tampouco podemos acoller como xustificativas das eivas no cálculo orzamentario aquí postas de manifesto as referencias dese informe aos deberes de estabilidade orzamentaria e control de gasto, que en ningún caso son incompatibles coa obriga fixada no artigo 101 LCSP de ter *“especialmente en conta os custos laborais derivados dos convenios colectivos sectoriais de aplicación”* na fixación do valor estimado dun contrato coma este, no que os custos laborais superan o 93% do total do orzamento calculado polo órgano de contratación.

En canto á achega por ese informe de alegacións como mostra dos prezos do mercado de dúas licitacións de Concellos próximos, e se ben xa procede indicar que iso non permitiría rebater o ata aquí sinalado en canto ás deficiencias desta licitación, tamén debemos indicar o seguinte. Se observamos o primeiro exemplo que o informe analiza polo miúdo, simplemente sinalar que aínda tratándose dunha licitación do ano 2020 -e, polo tanto, non actualizada aos salarios para este ano 2021 previstos no convenio- o cálculo alí fixado como custe horario de persoal limpador é xa superior ao calculado por este órgano de contratación nesta licitación, o que non só desvirtúa que precisamente esa licitación se traia como defensa do aquí realizado, senón que en todo caso sería unha nova mostra de erros existentes na determinación do orzamento desta licitación.

En definitiva, mostrando o recorrente que os importes fixados como custos salariais no orzamento desta licitación non se axustan ao previsto no convenio de aplicación, e non acreditando o órgano de contratación que efectivamente sexa así, procede en consecuencia a estimación do recurso presentado e a anulación do orzamento e valor estimado fixados nesta 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 PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL) contra os pregos do contrato do servizo de limpeza dos edificios e dependencias municipais do Concello das Neves, expediente 711/2019 dese Concello.

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 nos 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 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

O PRESIDENTE, Santiago Valencia Vila. A VOGAL-SECRETARIA, Ana María de Frutos Martínez. O VOGAL, Tomás Otero Ferreiro.

