



Recurso nº 76/2016 C.A. Galicia 13/2016

Resolución nº 159/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 19 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por por D. JM. H. A., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA), contra los pliegos que rigen la contratación del *“Servicio de mantenimiento de la jardinería interior y exterior de los edificios administrativos de la Xunta de Galicia”* Expte. 2016-SESE 05-PL, convocado por la Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia convocó a pública licitación, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de Galicia el 7 de enero de 2016, el procedimiento abierto para la adjudicación del *“servicio de mantenimiento de la jardinería interior y exterior de los edificios administrativos de la Xunta de Galicia. Expte. 2016-SESE 05-PL”*, con un valor estimado de 2.340.000 euros. El plazo de presentación de ofertas vencía el 22 de enero de 2016, siendo así que en su transcurso se recibieron las ofertas de cuatro licitadores.

Segundo. Con fecha 23 de enero de 2016 la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA) presentó recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación, alegando, en esencia, que el presupuesto base de licitación es insuficiente.

Tercero. La Secretaria del Tribunal -por delegación de éste- acordó con fecha 4 de febrero de 2016 la suspensión del expediente de contratación solicitada como medida cautelar en el recurso.

Cuarto. El 5 de febrero, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores concurrentes a la convocatoria para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas en el plazo de cinco días hábiles, no habiendo ninguna de ellas evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia, que fue publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP), según el cual *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, así como en el artículo 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en lo sucesivo, RRC), según el cual *“los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*. En efecto, la recurrente es una asociación representativa de intereses colectivos de las empresas españolas dedicadas al sector de jardinería, por lo que parece claro que le es dable, en defensa del interés colectivo del sector, impugnar un Pliego de Cláusulas Administrativas que rige la licitación de servicios de tal naturaleza.

Tercero. También debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2.a) TRLCSP. En este sentido, debe hacerse notar que, si bien es cierto que el recurso fue presentado en una oficina de correos, mediante envío certificado, siendo así que el artículo 18, segundo párrafo, del RRC establece que *“la presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación”*, añadiendo que *“en tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda”*, no lo es menos que dicho recurso tuvo entrada efectiva en el registro del órgano de contratación dentro, por tanto, del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación (fecha ésta que debe operar como día inicial del cómputo de acuerdo con el artículo 19.2 RRC).

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce, extremo que no admite duda alguna, atendido lo dispuesto en el artículo 40.1.b) (al tratarse de servicios de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP cuyo importe excede de 207.000 euros), en relación con el 40.2.a) (que faculta la impugnación de los pliegos rectores de la licitación), ambos del TRLCSP.

Quinto. La entidad recurrente fundamenta su recurso en la simple afirmación de que el presupuesto anual base de licitación no cubriría todos los costes del servicio. La actora afirma, en efecto, que los costes laborales del personal ascienden, en cómputo anual, a 408.674,92 euros, y que, si bien dicho importe es inferior al citado presupuesto anual base, existen otros muchos costes que habrá de asumir el contratista y que, conjuntamente computados, determinan que se vea rebasado ampliamente. Alude así a los costes derivados de la Disposición 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (“Plan de trabajo y Sistema de Calidad”), de los apartados 2 (“medios materiales) y 4 (“aplicaciones informáticas) de la Disposición 8 del citado pliego, del punto 5 del apartado 2 de la Disposición 6 de ese mismo pliego (“Pequeñas reformas”) y de las horas extraordinarias admitidas como mejora en el apartado J de la “Hoja de Especificaciones” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (hasta un máximo

de 1000 horas extraordinarias a cargo del contratista). A estos valores, además, habría que añadir un 13% en concepto de gastos generales y un 6% en concepto de beneficio industrial.

El órgano de contratación, en el informe emitido al amparo del artículo 46 TRLCSP, alega que la fijación del presupuesto se ajusta a los criterios expresados en la resolución 963/2015, que se pronunció sobre los pliegos rectores de una licitación que, con idéntico objeto, fue convocada el 17 de agosto de 2015. Destaca que, a resultas de lo en ella expresada, se requirió a la actual prestadora del servicio para que expresara cuál era el coste laboral actual del personal que viene desempeñándolo y en que el adjudicatario debería subrogarse, cuyo coste fue fijado en 398.178,03 euros, siendo así que el presupuesto anual base de licitación (450.000 euros) supera ampliamente dicha cifra lo que impide dudar que se trata de un precio adecuado a mercado. Alega, por añadidura, que así lo demuestra el hecho de que hayan concurrido cuatro empresas a la presente licitación, a diferencia de lo ocurrido en la licitación previa (en que sólo concurrió una). Interesa, por ello, la desestimación del recurso.

Sexto. Tal y como alega el órgano de contratación, este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre una cuestión sustancialmente idéntica con ocasión de la impugnación, por la misma recurrente, de los pliegos rectores de la previa licitación convocada, el 17 de agosto de 2015, para la contratación de los mismos servicios que son ahora objeto de controversia. Se recordó entonces lo expresado por este Tribunal en la resolución 728/2014, al decir:

“Sexto. Este tipo de cuestiones como la que se plantea en el presente recurso no es novedosa para este Tribunal. Para resolverlas adecuadamente se hace oportuno recordar, en primer lugar y como hacíamos, por ejemplo, en nuestra resolución 263/2012, la legislación vigente en esta materia. Así, el artículo 87.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señala lo siguiente:

“En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe,

atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

En cuanto al cálculo del valor estimado de los contratos, el artículo 88.1 dispone que vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación, estimación que deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación.

Como indicábamos en la Resolución 066/2012, “La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa”.

Para los contratos de servicios que tengan un carácter de periodicidad, como el de servicios al que se refieren los pliegos objeto de impugnación en este recurso, el apartado 5 del meritado precepto dispone que se deba tomar como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:

“a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.

b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si éste fuera superior a doce meses”.

Teniendo en cuenta los preceptos anteriores, ya señalamos en nuestra resolución 193/2011 que corresponde al órgano de contratación cuidar que el presupuesto de licitación sea adecuado al de mercado, y que, en casos como el presente, en el que el coste económico principal lo constituye la retribución del personal, éste coste sea el concepto básico desde el punto de vista económico del contrato. Asimismo, en la medida

en que podrán ser también factores determinantes respecto a la fijación del precio de licitación, deberá tenerse en cuenta el nivel de prestación de los servicios que se pretende contratar, atendiendo tanto a la variedad de servicios de mantenimiento exigidos como a las horas que se han de prestar. También señalamos en nuestra resolución 315/2013 que el mantenimiento o la disminución de las prestaciones objeto del contrato es un elemento importante a la hora de determinar si el precio de aquel ha sido correctamente fijado.

Conforme a estos factores, los datos económicos que consten en el expediente de contratación deben permitir comprobar que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a precios de mercado, tal y como exigen los artículos 87 y 88, antes reproducidos, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público“.

Sobre la base de tal pronunciamiento, se dijo en la referida resolución 963/2015 que “al igual que en aquel supuesto, la asociación recurrente ha aportado una estimación, con arreglo a las tablas y conceptos salariales del convenio de aplicación, del coste que representa, en cómputo anual, la retribución del personal referido en el Anexo VI del PCAP, cuyo importe es superior al de la anualidad del presupuesto de licitación reflejada en los tales pliegos”. De esta forma, tras destacar que, “según ha podido comprobar este Tribunal, los cálculos en que descansa dicha estimación son aritméticamente correctos y se ajustan a las tablas salariales contenidas en el referido Convenio” y que “el órgano de contratación, en el informe emitido con arreglo al artículo 46 TRLCSP, no cuestiona en modo alguno ni la vigencia y aplicación de tal convenio ni los propios cálculos realizados por la actora”, se destacaba que “en la medida en que el convenio de aplicación establece la obligación de subrogación o absorción del personal que viniera ejecutando el contrato, es evidente que, como se señalaba en la resolución 728/2014, en el presente supuesto el coste de tal personal debe ser un elemento esencial para elaborar el presupuesto de licitación.”

Así las cosas, se concluía: “Teniendo en cuenta todo lo expuesto (y sin perjuicio de resaltar que, al igual que en el supuesto objeto de la resolución 728/2014, en la presente licitación únicamente se ha presentado una oferta, lo que es elocuente indicio de la nula competencia suscitada), habiéndose advertido que el presupuesto de licitación fijado en los pliegos impugnados lo ha sido por importe inferior al de dichos costes laborales y sin

margen, por tanto, para cubrir los gastos generales y el beneficio empresarial, procede concluir que ha sido minusvalorado con infracción de lo previsto en el artículo 87.1 TRLCSP, que impone a los órganos de contratación la precisa obligación de cuidar de que el precio “sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado”. Por todo ello, el presente recurso debe ser estimado, anulando los pliegos rectores de la licitación a fin de que pueda fijarse un nuevo presupuesto de licitación acorde con los valores del mercado”.

Tales consideraciones no son trasladables a los pliegos ahora impugnados. En efecto, según se desprende de lo alegado por el órgano de contratación, el presupuesto anual base de licitación, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto analizado en la citada resolución 963/2015, es holgadamente superior (en más de un 12%) al coste laboral correspondiente a la plantilla que viene prestando el servicio y, más aún, sería un 10% superior al propio coste laboral calculado por la actora (que, por cierto, ofrece ahora un importe que es superior al que, en su momento, citaba en recurso a que se contrae la resolución 963/2015) . En este punto, debe rechazarse, pese a lo alegado por la actora, la pretendida adición a dicho coste laboral del correspondiente al número máximo de horas extraordinarias admitidas como mejora, toda vez que, en rigor, por su propia condición de mejora, esa no es una obligación contractual ineludible y que, como tal, deba tenerse en cuenta en el cálculo del presupuesto.

Sentado lo anterior, la discrepancia se ubica en un terreno notoriamente distinto al analizado en la resolución 963/2015, toda vez que la actora, en rigor, una vez asumida la suficiencia del presupuesto base anual para atender los previsibles costes de personal, vendría a cuestionar, sobre la base de sus propias estimaciones, la eventual insuficiencia de la valoración de las prestaciones específicas del contrato, así como, con implícita aplicación de los valores reseñados en el artículo 131 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, la correspondiente a los costes generales y beneficio empresarial realizada por el órgano de contratación al fijar dicho presupuesto base.

En relación con este último extremo, debe destacarse, primeramente, la improcedencia de hacer implícita traslación de los valores reflejados en el citado artículo 131, como así

lo hace la actora en el punto tercero de su recurso (página 5), pues, como fácilmente puede comprobarse, el citado precepto se refiere al contrato de obras, siendo así que, en lo que atañe a los contratos de servicios, el artículo 197 del mismo Reglamento solo alude a la toma en consideración de los gastos generales y beneficio industrial del contratista al referirse a la determinación del precio por administración, otorgando una amplia libertad valorativa al órgano de contratación, al indicar que se incrementará el precio calculado con base en el coste directo indirecto de las unidades empleadas *“en un porcentaje o cantidad alzada”*, sin mayores detalles o precisiones.

Centrada así la cuestión, es de recordar que este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 782/2015, que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está sometida al principio de discrecionalidad técnica, como también, en la Resolución 358/2015 que, en lo que atañe a los criterios tenidos en cuenta para la determinación del presupuesto de licitación por el órgano de contratación, *“al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación”*.

Sobre esta base, hemos afirmado que cabe presumir en el órgano de contratación un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que ha convocado en otras ocasiones y que establece, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación en lo que los criterios de adjudicación concierne.

Por otro lado, es muy reiterada la doctrina del Tribunal que sostiene (Resoluciones 310/2012, de 28 de diciembre, 83/2013, de 20 de febrero, 112/2013, de 21 de marzo, 251/2013, de 4 de julio, 341/2013, de 2 de septiembre, 143/2014, de 21 de febrero, 313/2014, de 11 de abril, 629/2014, de 8 de septiembre, 794/2014, de 24 de octubre, 891/2014, de 5 de diciembre, 264/2013, de 4 de julio, 185/2012, de 6 de septiembre, y 88/2015, de 30 de enero, entre otras muchas) que, a la hora de fijar el presupuesto de un contrato, el órgano de contratación debe partir siempre del principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo

1 del TRLCSP. Y, de igual modo, hemos declarado que lo fundamental, en suma, es que el presupuesto de licitación esté en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido (Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, y 292/2012, de 5 de diciembre), siendo forzoso reconocer en esta materia un amplio margen de estimación a la Administración (Resolución 420/2013, de 26 de septiembre).

Pues bien, en el caso analizado, dichos principios de discrecionalidad técnica y control del gasto deben llevar a la desestimación del recurso interpuesto. La actora no ha adverado con la suficiente fortaleza el supuesto error por defecto que achaca a la valoración realizada por el órgano de contratación, ni, por ende, que éste haya incurrido en infracción de lo previsto en el artículo 87.1 TRLCSP, que impone a los órganos de contratación la precisa obligación de cuidar de que el precio “*sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado*”. Esta conclusión y, a la par, la efectiva suficiencia del precio así fijado, se ve, por otro lado, indirectamente avalada por la concurrencia a la licitación de un número significativo de empresas (en términos que contrastan con la concurrencia de un único licitador en la convocatoria a que se contraía la resolución 963/2015).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. JM. H. A., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA), contra los pliegos que rigen la contratación del “*Servicio de mantenimiento de la jardinería interior y exterior de los edificios administrativos de la Xunta de Galicia*” Expte. 2016-SESE 05-PL.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución 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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, 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.