

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 26 de agosto de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fantasías Extraescolares contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de servicios “EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE ATENCIÓN Y CUIDADOS INFANTILES EN LOS COLEGIOS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN INFANTIL Y PRIMARIA DEL MUNICIPIO” del Ayuntamiento de Galapagar, número de expediente 14/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante diversos anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Galapagar, siendo el ultimo de fecha 9 de agosto de 2021, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 319.906,76 36 euros y su plazo de duración será de dos años prorrogables por otros dos.

Segundo.- El 12 de agosto de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Fantasías

Extraescolares en el que solicita la modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares por detectar diversos errores, algunos de hecho y otros de fondo.

Tercero.- El 16 de agosto de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por decisión del órgano de contratación, constando así en el perfil del contratante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones fueron publicados inicialmente el 3 de junio de 2021, pero han sido objeto de diversas modificaciones, considerándose la fecha de 9

de agosto como el dies a quo para el computo del plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación que se presentó el 12 de agosto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en la apreciación de distintos errores constatados en el PCAP, que dificultan o imposibilitan la correcta licitación.

Analizando cada uno de ellos, interesa destacar el apartado 3 de la cláusula 4, donde se desagrega el presupuesto base de licitación:

4.3.- De conformidad con el artículo 100.2 de la LCSP, el desglose del precio del contrato es el siguiente (Punto 7 memoria justificativa):

- *Costes directos: B.I. 319.906,76 €*
 - *Costes Indirectos: Actividad exenta de IVA*
 - *12.090,4 según convenio jornada completa por cada trabajadora, incluida pagas extras y cpp.*
 - *33,15% coste seguridad social a cargo del empleador (23,6 contingencias comunes; 2,05 accidente trabajo y enfermedad profesional; 6,70 desempleo; 0,2 FOGASA y 0,6 formación profesional).*
 - *Coste sin seguridad social 10 meses: 48.361,6 €.(12.090,40 x 10 x 4)*
 - *Coste con seguridad social: 64.393,47 €*
 - *Gastos generales (10%): 74.052,49 €*
 - *Beneficio industrial (6%): 79.976,69 €*
- TOTAL: 319.906,76 € cuatro años”.*

Manifiesta el recurrente el error cometido al calcular el 10% de gastos generales.

Por su parte el órgano de contratación defiende la validez de la cláusula manifestando: *“El error, del que esta Administración se ha dado cuenta con la interposición del recurso. Este error solo consta en el Pliego de prescripciones administrativas, y se debe a que esta adjudicación ha sido licitada en tres ocasiones, siendo esta última en la que, a la vista de la falta de licitadores, cuando se procedió a aumentar los gastos generales del 10% al 15%, como sí aparece en la memoria justificativa correctamente.*

Los importes globales son correctos y se considera como un error aritmético, que se hubiera podido cambiar si alguno de los licitadores hubiere avisado a la administración de este error.

Este error aritmético del porcentaje de los gastos generales no compromete el importe global que aparece correcto, como hubiera comprobado el recurrente si miraba el resto de los documentos administrativos publicados”.

Este Tribunal considera que queda claramente establecido el precio total, ahora bien, la desagregación del presupuesto base de licitación no es correcta y en ello en base a, en primer lugar se ha considerado como PBL los cuatro años de posible duración de la ejecución del contrato, cuando el propio PCAP manifiesta que la duración será de dos años prorrogables por otros dos años. De esta forma el PBL se deberá calcular sobre dos años y el valor estimado sobre cuatro y bajo las reglas establecidas en el art. 101 de la LCSP.

Nos encontramos ante un error aritmético que debe ser modificado sin necesidad de retroacción de las actuaciones, de conformidad con lo establecido en el art. 122.1 de la LCSP, por lo que si bien se estima el motivo de recurso, no alcanza la pretendida anulación dl PCAP, siendo suficiente su modificación.

Como segundo motivo de recurso, Fantasías Extraescolares considera que el coste del personal no está calculado correctamente al no tener en cuenta los pagos a los trabajadores por vacaciones.

Fundamenta su pretensión en las preguntas realizadas en fase de licitación y en los cálculos efectuados así como en la propia desagregación de costes que figura en el PCAP.

A este respecto el Ayuntamiento de Galapagar manifiesta que: *“La respuesta que se le dio fue exactamente ésta “En relación con la Pregunta 6 hay que indicar que las sustituciones de las vacaciones, como se indicó en la respuesta a la pregunta 4, los trabajadores deberán ser sustituidos cuando se cojan las vacaciones en días lectivos, asumiendo la empresa el coste de la sustitución”.*

Significa que el coste de estas sustituciones no ha sido contemplado en la memoria económica porque la Administración del Ayuntamiento de Galapagar ha decidido que sea asumido por la empresa que acabe ganando la licitación del contrato”.

Establece el art. 100.2 de la LCSP, que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios de mercado, añadiendo que en aquellos contratos que cuenten con mano de obra el coste será desagregado y se hará constar el convenio colectivo aplicable. En el presente caso nos encontramos con una decisión municipal que contraviene la normativa, en cuanto que la remuneración por vacaciones, al igual que en otros casos de absentismo forma parte del cálculo de los gastos directos del contrato. Sería como decidir que el coste de seguridad social a cargo del empleador no formará parte de los gastos de personal y deberá sufragarlos el contratista con cargo a gastos generales o a beneficio industrial.

Se ha de destacar que ni una parte ni otra cuantifican el coste de las vacaciones del personal, ahora bien, considerando que corresponde a cada uno de los cuatro empleados 30 días de vacaciones, su repercusión sobre el total es indudablemente importante.

No se trata de una quiebra de los derechos de los trabajadores a percibir su remuneración en periodo vacacional, sino una traslación del gasto a otro concepto distinto y no adecuado a su naturaleza.

Por ello podemos afirmar, tal y como considera el recurrente, que los costes de personal están insuficientemente dotados para afrontar los derechos salariales que por convenio corresponde a los trabajadores que ejecutaran el servicio. El Ayuntamiento podrá acordar la disminución de partidas variables del presupuesto base de licitación, tales como beneficio industrial o gastos generales, ya de por si disminuida, pero no podrá decidir sobre la omisión de costes relativos a los salarios.

Por todo ello se estima el recurso en base a este motivo que conllevará la modificación del presupuesto base de licitación y su desagregación, con retroacción de las actuaciones al momento de la publicación del anuncio de licitación. Llegados a este punto será conveniente se corrección del error material tratado en el anterior motivo de recurso.

En tercer lugar, el recurrente denuncia que el listado de personal a subrogar y los datos que en el aparecen y que se encuentran anexos al PCAP no coinciden con los suministrados por ellos mismos como últimos contratistas de este servicio.

El órgano de contratación considera que los datos que constan en el PCAP son los mismos que los aportados por el recurrente.

Ninguna de las dos partes precisa que datos no son ciertos ni se aporta por la documentación enviada, por lo que este Tribunal no puede pronunciarse sobre este extremo al carecer de fundamentación y acreditación documental.

En cuarto y último lugar el recurrente considera que existen errores de forma que restan certeza en la determinación del contrato que se está licitando, tales como el número de expediente: 141/2021 copia copia o el nº 3691/2021 que figura en el pie de página del PCAP.

Considera el órgano de contratación que; *“En relación con el número de expediente, este procedimiento recibe la numeración 14/2021 desde el principio de la licitación, desconocemos lo que nos pretende indicar el recurrente.*

El pie de página de los expedientes de este procedimiento de contratación se numera por parte del sistema de gestión documental de forma automática sin que dicho número tenga que ver con el procedimiento del contrato objeto del recurso”.

Efectivamente en el perfil de contratante figura como número de expediente el 141/2021 copia copia, no obstante la reiteración de las palabras copia, si bien no tiene valor alguno, no restan identificación al expediente de contratación. En cuanto a la numeración del gestor documental, sería loable que la numeración de cada expediente fuera única y no doble, toda vez que la numeración de expedientes lo que pretende es su identificación. No obstante, este Tribunal no puede pronunciarse más allá de lo dicho en este aspecto, al ser un tema propio de la organización administrativa del Ayuntamiento de Galapagar.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fantasías Extraescolares contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de servicios “EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE ATENCIÓN Y CUIDADOS INFANTILES EN LOS COLEGIOS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN INFANTIL Y PRIMARIA DEL MUNICIPIO” del Ayuntamiento de Galapagar, número de expediente 14/2021, modificando el PCAP según se determina en el fundamento quinto de esta resolución y retrotrayendo las actuaciones convocando nuevamente el procedimiento de licitación.

Segundo.- 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 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.