Recurso 23/2022
Resolución 136/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 18 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AMBUMAR SyA S.L.**, contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicios de salvamento, socorrismo y primeros auxilios en las playas del término municipal de Almería, durante los años 2022 y 2023" (Expte. C-115/21), promovido por el Ayuntamiento de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de diciembre de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 748.899,25€.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 20 de enero de 2022, se interpone recurso especial en materia de contratación. La Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida tuvo entrada en el registro de este Tribunal.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de Almería aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, pese a no haber participado en la licitación.

La recurrente se dirige contra los pliegos que rigen la contratación, por considerar que en los mismos existen irregularidades que inciden significativamente en las condiciones de participación en la licitación. Por tanto, una eventual estimación del recurso permitiría la remoción de los obstáculos que dificultan la presentación de su proposición, quedando justificado el interés legítimo que ostenta para impugnar los citados actos.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso especial se interpone contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen un contrato calificado en los mismos como de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros y convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El apartado a) y b) artículo 50.1 de la LCSP dispone que e*l procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.
b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, el anuncio de licitación se publicó en el perfil de contratante el 29 de diciembre de 2021, por lo que el recurso especial interpuesto ante este Tribunal el 20 de enero de 2022 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, resulta necesario exponer las alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

A. Con relación a la insuficiencia del presupuesto base de licitación fijado en los pliegos, alega por un lado que no se han tenido en cuenta los costes de Seguridad Social derivados de la ejecución del contrato. Por otro lado, que no se han tenido en cuenta los costes derivados de las indemnizaciones por despido, en estos costes de personal y asimismo que ha debido procederse a la valoración independiente de los gastos generales y beneficio industrial, debiendo fijarse el beneficio industrial como mínimo en el 6% del total de la suma de los costes directos y los gastos generales en la horquilla del 13% al 17%, en aplicación del artículo 131 del RGLCAP.

Invoca para ello el contenido de los artículos 100, 102.3 y 132 LCSP, y señala que no se tienen en cuenta los costes de Seguridad Social derivados de la ejecución del contrato, "*despreciando los costes empresariales relativos a las obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social, vacaciones y otros gastos previsibles como podrían ser las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo una vez finalice la ejecución del contrato público …".*

Alude al Real Decreto-Ley 32/2021 relativo a la modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, señalando que ha supuesto un cambio porque "*desaparece, en términos generales, el contrato de obra o servicio supeditado a la duración de una contrata, en este caso a la duración de la prestación de servicios objeto de licitación, por lo que la única vía posible para que la empresa que resulte adjudicataria pueda prestar sus servicios a la entidad adjudicadora, sería la contratación de trabajadores en la modalidad de indefinido o indefinido fijo-discontinuo".*

Concluye este punto señalando que: *"La acusada diferencia, 92.035,20€, entre la valoración de los costes de recursos humanos efectuada por el Órgano de Contratación (533.846,38€), con la efectuada por esta parte (625.881,58€), presupone la existencia de un error en la valoración efectuada por la entidad contratante, al no haber adicionado a los costes salariales brutos las cantidades correspondientes por cotizaciones a la Seguridad Social, no siendo posible la prestación del servicio de salvamento, socorrismo y primeros auxilios en las playas de la Ciudad de Almería durante los años 2022 y 2023".*

B. Señala, refiriéndose a la valoración de los gastos generales de ejecución del contrato, que en el apartado 7 del informe técnico de necesidad (documento 40 del expediente) de 11 de noviembre de 2021, se desglosa el presupuesto base de licitación para los años 2022 y 2023 señalando que, en el subapartado 7.1, relativo al presupuesto para el año 2022, en el punto III del mismo, se establecen los gastos generales y beneficio industrial en atención a la aplicación del porcentaje del 7% al total de los gastos directos, sin diferenciación de la cantidad presupuestada para atender a los gastos generales de la ejecución del contrato. Pretendiendo que se adopte un 6% para el beneficio industrial y un porcentaje entre el 13 y el 17 para los gastos generales, de forma similar a los que se aplican para las obras.

En este sentido, entiende que debían haberse valorado independientemente de los gastos generales y beneficio industrial, fijando el beneficio industrial como mínimo en el 6% del total de la suma de los costes directos, y los gastos generales en la horquilla del 13% al 17% en aplicación del artículo 131 del RGLCAP.

C. Invoca a su vez, una vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores, porque como consecuencia de lo anterior, no pudo ofertar mejora alguna que supusiese incremento de los gastos de ejecución y, además porque en cuanto al criterio de adjudicación *"Mejora en los equipamientos",* no pudo acceder a las instalaciones a las que se refiere la antedicha mejora ya que, en términos de la recurrente, *"no es la actual prestataria del servicio".* Adicionalmente, alega en referencia a este criterio de adjudicación, que el mismo *"tampoco se concreta el criterio de valoración para la concesión del máximo de los cinco puntos, o su modulación".*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Solicita la desestimación del recurso interpuesto por los siguientes motivos:

A. El órgano de contratación estima que debe inadmitirse el recurso porque no acredita la representación del recurrente. Alega para ello que el artículo 51.1 de la LCSP establece que, al escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación, el interesado acompañará, entre otra, el documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento. Invoca igualmente al artículo 22 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 [1](RPER), que dispone que procederá la admisión del recurso cuando concurran la acreditación de la legitimación y de la representación del recurrente mediante poder que sea suficiente a tal efecto.

En virtud del artículo 20 RPER, el interesado debería haber presentado la copia autorizada de la escritura de poder acompañada de copia para una vez cotejada esta última, solicitar la devolución de la primera.

B. Vulneración del art. 100, 102.3, y 132 de la LCSP, en cuanto al cálculo del presupuesto base de licitación.

Alude a la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 1549/2021 a fin de justificar que siempre que no se incurra en arbitrariedad, existe discrecionalidad del órgano de contratación.

Asimismo, se remite a los informes existentes, por un lado, el informe técnico de necesidad (documento 40 del expediente) de 11 de noviembre de 2021, así como al informe realizado por el Jefe de Servicio de la Delegación de Área de Promoción de la Ciudad, de 26 de enero de 2022 (al que alude el informe al recurso especial), donde explica el cálculo del presupuesto del contrato a fin de adecuarlo a los precios de mercado. Siendo de interés, se reproduce:

«En relación al Anexo n.º 1 del Informe de Necesidad JUSTIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN; ponemos de manifiesto lo siguiente:

a) En el apartado 3 se recogen las TABLAS SALARIALES PARA 2019 conforme al IV Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios que son de aplicación al contrato.

1 Disposiciones Adicional Primera y Final Primera.

b) En el apartado 4 y basándonos en las referidas TABLAS SALARIALES se recoge el COSTE HORARIO DE LA MANO DE OBRA PARA 2019 teniendo en cuenta aquellos conceptos retributivos que son de obligado cumplimiento para el Contratista.

Se obtiene así dos costes horarios:

• El imputable al salario de cada categoría profesional en función del salario anual a percibir por cada trabajador por todos los conceptos retributivos y el número de horas trabajadas (1752 h/año)

• El imputable al coste empresarial que se obtiene a partir del anterior, incrementado en los gastos derivados de la Seguridad Social. Incremento de un 32,47% para las categorías Grupo 2-Nivel I y II e incremento de un 30,67% para las categorías Grupo 3 Nivel I y II a sumar al coste salarial anteriormente referido.

Así por ejemplo para la categoría Grupo II-Nivel I se obtiene un coste del salario base para 2019 de 8,09 €/h en tanto que el coste empresarial para 2019 es de 11,79 €/h, estimando el coste de Seguridad Social en un 32,47% del coste hora del salario base.

c) En el apartado 5, teniendo en cuenta la forma de actualizar el régimen retributivo de los trabajadores previsto en el referido Convenio, se recoge el coste empresarial para los años 2020 y sucesivos, a partir del previsto para 2019, aplicando los factores de actualización correspondientes.

Así por ejemplo para la categoría Grupo 2-Nivel I cuyo coste empresarial para 2019 es 11,79 €/ h, se obtiene un coste empresarial de 11,94 €/h, 12,07 €/h y 12,25 €/h para los años sucesivos.

d) En el apartado 6 se especifican los GASTOS DE PERSONAL PARA 2022 Y 2023, a partir de las horas previstas y del coste horario empresarial para cada categoría profesional.

Siguiendo el ejemplo referido para la categoría Grupo 2-Nivel I se tiene en cuenta un coste empresarial de 12,07 €/h para 2022 y un coste empresarial de 12,25 €/h para 2023.

En consecuencia, cabe manifestar que para la formación del Presupuesto Base de Licitación, en el capítulo de GASTOS DE PERSONAL se ha tenido en cuenta el gasto correspondiente a la Seguridad Social para la determinación del COSTE HORARIO EMPRESARIAL, por lo que la afirmación del recurrente no se corresponde con la realidad.

SEGUNDO.- Argumenta el recurrente la "… insuficiencia del presupuesto base de licitación… al no haberse tenido en cuenta los costes de Seguridad Social."

Nos remitimos a lo indicado en el anterior apartado quedando acreditado que sí se han tenido en cuenta dichos costes, al incrementar el coste salarial de cada categoría en los porcentajes referidos de un 30,67% y un 32,47% según la categoría laboral.

Significar que la Ley 22/2021 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2022, un su art. 106 regula las cotizaciones para este año. Se fija el coste para Seguridad Social entre un 29,90% y un 31,10% para atender las contingencias comunes (23,60%); desempleo (5,50/6,70%), FOGASA (0,20%) y Formación Profesional (0,60%). Porcentajes similares a los adoptados en nuestro contrato (30,67%-32,47%)."

2º.- Que no se han tenido en cuenta los costes derivados de las indemnizaciones por despido, en estos costes de personal. Según lo expuesto en el informe técnico antedicho, "Asimismo argumenta el recurrente que no se ha tenido en cuenta "… los costes de indemnización por despido de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato". Al respecto cabe informar que no figura entre las obligaciones derivadas del contrato, el despido de los trabajadores al término de la prestación. La empresa puede contratar en la modalidad de contrato indefinido o indefinido fijo-discontinuo sin que este contrato le obligue al despido de los trabajadores, pudiendo emplearlo en otras prestaciones de la empresa o del grupo de empresas a que pertenezca. Todo depende de la organización y contratos que tenga la empresa".

3º.- Que debió procederse a la valoración independiente de los gastos generales y beneficio industrial, debiendo fijarse el beneficio industrial como mínimo en el 6% del total de la suma de los costes directos y los gastos generales en la horquilla del 13% al 17%, en aplicación del artículo 131 del RGLCAP.»

En cuanto a las mejoras, señala que fueron las que se consideraron más adecuadas al servicio, en atención a las necesidades que vienen siendo manifestadas por los Servicios de Turismo, encargados del seguimiento de este contrato. Asimismo, señala que siguiendo el criterio del art. 145 LCSP, respecto a la mejor oferta calidad-precio, la proporcionalidad no está basada exclusivamente en criterios económicos, así dice que *"la mayor puntuación deba otorgarse, de manera preceptiva, al mayor o menor coste.*
En este servicio se intenta primar los criterios de calidad, entre los que se encuentran estas mejoras. Y dentro de las mismas, se ha considerado más adecuado al servicio, una mejora respecto de otra. No en atención a criterios económicos, sino de mejor satisfacción al interés público. (…)".

C. Señala el órgano de contratación, en cuanto a la imposibilidad de presentación de mejora, (debido al hecho de no ser la prestataria del servicio en el momento de procederse a la licitación, de tal modo que no pudo acceder a las instalaciones, y que ello le impidió elaborar una relación valorada de las mejoras, por desconocer el estado actual de dichas instalaciones y el equipamiento interno), que el 25 de noviembre pasado se formalizó el acta de recepción del contrato para 2020/2021, y para ello se adjunta al informe al recurso el acta de recepción. Afirma, que actualmente no hay empresa alguna que preste el servicio, y que la anterior prestataria no puede acceder a los módulos de salvamento, salvo autorización expresa de este Ayuntamiento. Señala que nada impide que dicha empresa pudiera haber accedido a los módulos de salvamento, previa solicitud a este Ayuntamiento, no constando solicitud alguna al respecto.

D. Respecto a que no se concreta el criterio de valoración para la concesión del máximo de los 5 puntos, estima que la recurrente obvia que en el PCAP, se dice que "*se le asignará la máxima puntuación al licitador que aporte mayor importe y al resto de ofertas se les puntuará directamente proporcional a los importes ofertados.".* En consecuencia, el PCAP prevé como se deben presentar las mejoras y el modo de baremarlas, contrariamente a lo considerado por la recurrente.

E. En el informe técnico finalmente se alega que en la licitación para la prestación de este mismo servicio para 2020 y 2021:

"• Las prestaciones eran idénticas a las de esta licitación.
• El Presupuesto Base de Licitación se formuló en los mismos términos que esta licitación.
• El PBL para 2020-2021 era de OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS QUINCE EUROS CON TREINTA Y OCHO CÉNTIMOS (861.415,38 €).
• La empresa AMBUMAR SyA SL, presentó una oferta por OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA EUROS (828.850,00 €), ofreciendo una baja del 3,78% del PBL, sin formular reparo alguno al expediente de contratación".

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la falta de representación

Sobre la alegación realizada por el órgano de contratación de que debe inadmitirse el recurso porque no se acredita la representación de la recurrente, en virtud del artículo 51.1 y 55 b) LCSP y 22 del RPER, cotejado el 20 de enero el Registro Mercantil se observa que la persona que interpone el recurso en nombre y representación de la recurrente figura como administrador único de ésta desde el 26 de noviembre de 2013.

Por lo tanto, dicha excepción a efectos de la inadmisión debe desestimarse.

2. Sobre el fondo del asunto.

A. Sobre el cálculo del presupuesto base de licitación.

En primer lugar, hay que poner de relieve que, en el Libro Primero de la LCSP relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aplicable a todos los tipos contractuales, recoge la obligatoriedad de desglosar tanto el presupuesto base de licitación como el valor estimado de los contratos, en los siguientes términos. En primer lugar, el artículo 100, referido al presupuesto base de licitación señala que: *"... el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación …".*

Por otro lado, el artículo 101, sobre el valor estimado en el apartado 2, señala que "*en el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial".*

Existe necesidad de justificar el cálculo de estos importes, de tal manera que se adecúen a la realidad. Igualmente existe la obligatoriedad de desglosar los elementos que integran el importe de cada uno de esos conceptos económicos, no comportando un incremento de esas cuantías, sino que son expresión transparente de sus componentes y costes respectivos. Es decir, se trata de normas de aplicación general a todos los contratos que celebren las entidades del sector público, es decir, se refiere a todos los tipos contractuales, si bien con alguna diferenciación como veremos en el contrato de obras.

Por otro lado, si bien el desglose del presupuesto base de licitación en costes directos, indirectos y otros costes no se cuestiona, y así se hace constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los diferentes tipos contractuales; situación distinta ocurre con los desgloses que han de hacerse en relación al cálculo del valor estimado del contrato, pues si bien en los pliegos sí se hace referencia a las posibles prórrogas y eventuales modificaciones, no se determina en los mismos, salvo en los contratos de obra, un desglose de los gastos generales y el beneficio industrial.

Para calcular el valor estimado de los contratos debe tenerse en cuenta:
-los costes derivados de la aplicación de las normas laborales;
- los costes derivados de la ejecución material de la prestación;
- los gastos generales de estructura;
- y - el beneficio industrial.

Interesa la entidad recurrente la aplicación del artículo 131 del RGLCAP, el cual debe considerarse vigente en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en la LCSP. Este precepto indica los porcentajes a aplicar a los gastos generales y al beneficio industrial y que incrementan el presupuesto de ejecución material respecto de los contratos de obra:

"… El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos:
1. Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material:

a) Del 13 al 17 por 100, a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circunstancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Se excluirán asimismo los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas.
b) El 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista.
…"

En este artículo 131, referido solo a los contratos de obras, se establece una horquilla de porcentajes para los gastos generales y un porcentaje concreto para el beneficio industrial. La cuestión si bien puede entenderse resuelta para el contrato de obras, en la Ley no se hace mención respecto al resto de tipos de contratos (tampoco se ha hecho anteriormente). Es decir, no existe previsión normativa de cómo efectuar el cálculo de estos gastos generales y del beneficio industrial en los contratos que no son de obras.

De este modo es plausible considerar que una determinada licitadora podría realizar su oferta sin beneficio o incluso con pérdidas. No obstante, es preciso delimitar cómo deben estimarse los gastos generales en los contratos distintos al de obras y el posible margen. Así, los referidos porcentajes, del 13 al 17% de gastos generales, y el 6% de beneficio industrial, son los únicos cuantificados como derecho positivo en la normativa contractual, lo que ha motivado, inevitablemente, pronunciamientos doctrinales en cuanto a su posible aplicación al resto de contratos.

Sobre la aplicación del artículo 131 del RGLCAP, a otros tipos de contratos ha sido abordado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en informes:

a) El informe 50/08, de 2 de diciembre de 2008 sobre «Determinación de cuáles son los conceptos particulares que deben considerarse incluidos en los genéricos "gastos generales" y "beneficio industrial", reconoce que, al no existir normas relativas al precio en los contratos de gestión de servicio público, la forma más adecuada para determinar los conceptos que deben considerarse incluidos en los gastos generales serán los que se establezcan expresamente en la propia documentación contractual y, en defecto de ella, deberá estarse a la aplicación analógica de los preceptos del Reglamento General que, aun no regulando de forma directa el contrato de gestión de servicios públicos, puedan serle aplicables por razón de su naturaleza.

No obstante, se hace sólo referencia a los conceptos que comprenden los gastos generales, pero no respecto a la utilización de los porcentajes que se determinan.

b) El Informe 38/2010, de 24 de noviembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, ya razonaba, en el sentido expuesto, concluyendo que «*nada puede impedir, excepto el posible riesgo en la ejecución, que la empresa licitadora para obtener la adjudicación prefiera reducir los ingresos a percibir».*[2]

c) En el informe 40/19 sobre "*Gastos generales de estructura y beneficio industrial en el contrato de servicios. Aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 131 del RGLCAP a dichos contratos"*, se concluye que los porcentajes establecidos en el artículo 131 del RGLCAP, tanto los previstos para los gastos generales (del 13% al 17%) como el relativo al beneficio industrial (6%), se puedan aplicar a los contratos de servicios, en la medida en que el órgano de contratación los considere adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión, si bien deja claro el carácter potestativo.

2 Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de mayo de 2018 (rec.481/2017).

Para determinar dichos porcentajes correspondientes a ambos conceptos en el resto de los contratos, conviene, previamente, aclarar qué comprenden:

- El concepto de gastos generales de estructura supone aquellos gastos que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el precio del contrato, deducidos de los conceptos que integran el presupuesto base de licitación, y que no guardan una relación directa con la ejecución del contrato ni con las obligaciones derivadas del mismo; es decir, son aquellos desembolsos relacionados con un proyecto de cualquier tipo por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento y engloba los gastos necesarios para no cesar la actividad, pero que no están directamente relacionados con los productos o servicios que se ofrecen y por lo tanto no aumentan los beneficios de la empresa.

En definitiva, se trata de gastos que no tienen la consideración de coste del servicio, porque no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa contratista, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado, por lo que nada obsta para que, a falta de una disposición específica, y en la medida en que el órgano de contratación los considere adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión, se pueda aplicar al resto de contratos, la horquilla establecida en el artículo 131 del RGLCAP para el contrato de obras, fijada entre el 13% y el 17%.

- En cuanto al concepto de beneficio industrial el porcentaje del 6%, (el cual no se recoge en la LCSP), sí podemos encontrar referencias en los preceptos relativos a la resolución de los contratos de obra, de suministros y de servicios (artículos 246, 307 y 313 de la LCSP) cuando señalan como derecho del contratista a percibir el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato de la prestación dejada de realizar en concepto de beneficio industrial, por lo que se puede entender aplicable a cualquier contrato. En este sentido véase la Resolución 134/2021, de 18 de abril, de este Tribunal.

Por ello la función de este Tribunal debe considerarse de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que, como ya se ha dicho, corresponde exclusivamente al órgano de contratación. En este sentido, la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento.

Conviene precisar, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000, que, la "*discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador".*

Debe partirse, por tanto, de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De forma tal que sólo en aquellos casos en que los cálculos derivan del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabría entrar en su revisión. Pero aquella presunción es iuris tantum y es posible desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume al órgano de contratación. La consideración de la mejor oferta, en términos económicos, no supone la selección de una proposición que,

contenga elementos que la hacen incongruente o no real, o que no sea conforme con otros principios y valores que inspiran la contratación pública.

Si bien el precio de mercado no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que debe ser respetado por el presupuesto base de licitación, y en el que uno de los componentes de este último es la partida correspondiente a los gastos generales que se caracteriza por la dificultad de su concreción (Resolución TACRC de 17 de diciembre de 2018, rec. 898/2018), la inexistencia de norma alguna que exija un determinado porcentaje de gastos generales y de beneficio industrial en la contratación pública no pudiera dejar de ser una anomalía que debiera corregirse precisamente por ser una práctica inadecuada.

Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 1990, el informe "*tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad"».*

Por todo ello, a la vista del razonamiento dado en el informe técnico incluido en el expediente de contratación se puede considerar debidamente aplicado el artículo 101.2 de la LCSP, pues se encuentran desglosados los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

De este modo observamos que el informe técnico de necesidad, en el anexo 1 relativo a la justificación del presupuesto base de licitación, de fecha 11 de noviembre de 2021, en el desglose del valor estimado se determinar el porcentaje del 7 % de los costes indirectos no siendo contrario a la Ley que se pueda establecer un porcentaje en su conjunto entre ambos tipos de gasto, dado que los artículos 100 y 101 LCSP no obliga a este desglose individualizado. [3]

La aplicación del porcentaje de gastos generales resulta entonces justificado dada la naturaleza de la prestación y de las características singulares propias del contrato.

B. Sobre la vulneración del principio de igual de trato de igualdad, transparencia y libre competencia

Queda acreditado con el documento que se acompaña al informe técnico, es decir, el acta que acredita que el 25 de noviembre pasado se formalizó el acta de recepción del contrato para 2020/2021, que las instalaciones podrían haberse visitado libremente.
Es verosímil por tanto, lo que afirma el órgano de contratación, en cuanto que no se acredita que hayan solicitado la visita, de tal modo que es la entidad recurrente la que no ha acreditado que se hayan vulnerado los principios de igualdad, transparencia y libre competencia dado que no ha probado que se le haya impedido haber accedido a los módulos de salvamento, previa solicitud a este Ayuntamiento, no constando en la documentación aportada evidencia alguna al respecto, correspondiéndole a la luz del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aplicable al procedimiento en cuanto a valoración de la prueba por remisión expresa del artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

C. Sobre la mejora, y la aplicación de la fórmula a efectos de evaluar la puntuación.

3 Solo el art. 101 LCSP distingue, pero no a efectos de desglose, sino de cálculo del valor estimado.

Se observa en el apartado 8.2.1 del informe técnico que la asignación de puntos será proporcional, respecto de aquella que sea la mejor oferta, por lo que la fórmula, si bien mejorable, puede ser considerada ajustada a los criterios del art. 146.2 LCSP.

D. A mayor abundamiento, y en cuanto a lo que alega el órgano de contratación, en cuanto al comportamiento adoptado por la entidad recurrente en una anterior licitación, no puede pretenderse por el órgano de contratación que suponga una especie de vinculación a sus actos pasados, si fueron en otra licitación, pues las circunstancias han cambiado, es decir, ni la normativa contractual impone a los órganos de contratación quedar vinculados por los pliegos que rigieran la licitación de contratos anteriores, ni mucho menos que los comportamientos de las licitadoras no puedan variar de una licitación a otra.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AMBUMAR SyA S.L.**, contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicios de salvamento, socorrismo y primeros auxilios en las playas del término municipal de Almería, durante los años 2022 y 2023. (Expte. C-115/21), promovido por el Ayuntamiento de Almería.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad y mala fe en la interposición del recurso, procediendo la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.