Recurso 446/2022
Resolución 611/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 16 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VALLE PESQUERA CONSULTORES S.L.** (en adelante la recurrente) contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de gestoría laboral y fiscal a efectos de la elaboración de las nóminas municipales, los seguros sociales y otra documentación» (Expte. 3310/2021), convocado por el Ayuntamiento de Cártama (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de octubre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 26 de octubre de 2021 y los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 24 de octubre de 2021.

El 12 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ahora recurrente contra los pliegos, que fue tramitado con el número 523/2021. Dicho recurso fue estimado parcialmente mediante Resolución 107/2022, de 11 de febrero, de este Tribunal.

El 21 de junio de 2022 se publicó en el citado perfil de contratante la rectificación del mencionado anuncio de licitación y el 24 de junio de 2022 en el DOUE. Los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 23 de junio de 2022.

Con fecha 12 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto de nuevo por la entidad ahora recurrente contra los pliegos publicados el 23 de junio de 2022, que había sido presentado el 11 de julio de 2022 en el servicio de correos y comunicado por correo electrónico a este Tribunal en idéntica fecha, que fue tramitado con el número 278/2022. Dicho recurso fue de nuevo estimado parcialmente mediante Resolución 407/2022, de 28 de julio, de este Tribunal.

Por último, el 24 de octubre de 2022 se volvió a publicar en el citado perfil de contratante la rectificación del mencionado anuncio de licitación, así como los pliegos corregidos. Asimismo, la rectificación de dicho anuncio de licitación fue remitido al DOUE el mismo 24 de octubre de 2022, sin que conste su publicación en el mencionado perfil de contratante. Conforme consta en la rectificación del anuncio de licitación el valor estimado del contrato es de 233.955,80 euros.

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 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 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.

SEGUNDO. El 16 de noviembre de 2022, tuvo entrada de nuevo en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la misma entidad ahora recurrente contra los terceros pliegos, publicados el 24 de octubre de 2022, que había sido presentado el 14 de noviembre de 2022 en el servicio de correos sin que conste que su presentación se haya comunicado a este Tribunal, que fue tramitado con el número 446/2022.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 17 de noviembre de 2022 se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 18 de noviembre de 2022, salvo el listado de entidades licitadoras al no haber finalizado aún el plazo de presentación de ofertas.

Por Resolución M.C.136/2022, de 25 de noviembre, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

El listado de entidades licitadoras fue recibido en este Órgano, previa petición, el 29 de noviembre de 2022.

Acto seguido, el 30 de noviembre de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Cártama no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando determinados aspectos relativos al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato, ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que consta en el procedimiento de recurso, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 24 de octubre de 2022. Al respecto, el recurso fue presentado el 14 de noviembre de 2022 en el servicio de correos sin que conste que su presentación se haya comunicado a este Tribunal, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 51.3 de la LCSP, ha de computarse como plazo de presentación el 16 de noviembre de 2012, día en que ha tenido entrada en este Órgano. No obstante, aun computando desde esta última fecha, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de la recurrente y del órgano de contratación.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, se proceda a su anulación conforme a lo expuesto en el cuerpo del recurso.

La recurrente basa su pretensión en tres argumentos: i) error en el calculo de los costes indirectos por errónea aplicación aritmética del porcentaje que los propios pliegos establecen; ii) error en el cálculo del beneficio industrial por errónea aplicación aritmética del porcentaje que los propios pliegos establecen; y iii) disminución del cálculo del beneficio industrial sin motivación ni justificación en relación con el anterior pliego.

1.1. Sobre el error en el cálculo de los costes indirectos.

Indica la recurrente que en los pliegos se establece que los costes indirectos serán el 16% de los costes directos, por lo que siendo éstos 49.096,56 euros, los indirectos deberían ser el 16% de ese importe, es decir, un total de 7.855,45 euros, pero no 6.830,83 euros como señalan los pliegos. A su juicio, el órgano de contratación, para calcular estos costes indirectos, no tiene en cuenta uno de los apartados que recoge en los propios costes directos o simplemente comete un error involuntario.

1.2. Sobre el error en el cálculo del beneficio industrial.

Señala que el anterior error en el cálculo de los costes indirectos es arrastrado al cálculo del beneficio industrial que se estipula en un 6% sobre la suma de los gastos directos e indirectos, por lo que evidentemente un error en los indirectos se arrastra sobre los demás cálculos. En este sentido, indica que el coste total correcto (60.369,13 euros) según el pliego serían los costes directos (49.096,56 euros), más los indirectos (7.855,45 euros), más el beneficio industrial que es el 6% de la suma de los costes directos e indirectos (3.417,12 euros). A su parecer, este error aritmético vicia los pliegos ya que el presupuesto base y el valor estimado del contrato estarán infravalorado por errores en el cálculo de los mismos.

1.3. Sobre la disminución del beneficio industrial sin motivación ni justificación en relación al anterior pliego.

Afirma la recurrente que en los pliegos anteriormente publicados el órgano de contratación establecía como necesario para cumplir con el principio de concurrencia establecer un 10% de beneficio industrial. Sin embargo, en estos nuevos pliegos, sin indicar nada nuevo en ellos mismos, sin informe motivador o sin justificación alguna, se procede a variar el beneficio industrial bajándolo al 6% (una rebaja del 40% sobre el anteriormente establecido). Dicha modificación del beneficio industrial sin motivación ni justificación alguna por parte del órgano de contratación, solo buscaba disminuir el valor total del contrato para minimizar los efectos económicos de la anterior estimación del recurso planteado por ese Tribunal.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

2.1. Sobre el error en el cálculo de los costes indirectos.

Afirma el informe al recurso lo siguiente: *«Manifiesta la recurrente que los costes indirectos deberían ser el 16% de 49.096,56.-€, esto es deben ascender a la cantidad de 7.855,45.-€, Señalar que el 16% se ha calculado del total de los costes de personal a soportar por la empresa, esto es, sobre la cantidad de 42.692,66.-€ (no sobre dicha cantidad incrementada en un 15%) es por ello, que la cantidad de 6.830,83.-€ se considera incorrecta, estando en lo cierto la recurrente.»*.

2.2. Sobre el error en el cálculo del beneficio industrial.

Se indica en el informe al recurso que *«Al igual que con los costes indirectos se ha tomado como base la cantidad de 42.692,66.-€, en lugar de 49.096,56.-€ como puede advertirse. La cantidad correcta sería el 6% de ésta última, esto es 2.981,56.-€, en lugar de los 2.561,56.-€ reflejado en los pliegos.»*.

2.3. Sobre la disminución del beneficio industrial sin motivación ni justificación en relación al anterior pliego.

Señala el informe al recurso que *«El porcentaje del 10% tiene su origen en los pliegos primigenios que fueron redactados por otro funcionario de este Ayuntamiento (recordemos que esta es la cuarta impugnación que se*

realiza por la recurrente). Dicho 10% se venía desde entonces justificando en aras de "garantizar la concurrencia". Se ha pasado, de dicho 10% al 6% que establecen los contratos de obras, porque, se entiende por esta funcionaria que la concurrencia está más que garantizada siendo prueba de ello que en las distintas licitaciones suspendidas han concurrido operadoras económicas.

A esto hay que añadir que el presupuesto base de licitación se ha incrementado en la cantidad de 10.228,83.-€ respecto a la anterior licitación, al haber pasado de 131.214,43 a 141.543,26 euros el PBL i.v.a. incluido.

En base a lo anterior y en atención a los principios que establece el art. 1 de la LCSP de eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios, y en aras de garantizar una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos se ha pasado del 10% (que pretendía garantizar la concurrencia) al 6% del contrato de obras como se expone en los pliegos.».

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre el error en el cálculo de los costes indirectos.

Al respecto, cabe subrayar que de las alegaciones expuestas en el anterior fundamento se deduce que el órgano de contratación en su informe al recurso se allana a la presente pretensión de la recurrente al afirmar que está *«en lo cierto la recurrente»*.

Tal reconocimiento por parte del órgano de contratación debe considerarse como un allanamiento a la pretensión de la alegación del recurso que se analiza, y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme al cual *«Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho»*.

De este precepto resultan los siguientes requisitos: 1º) Que el Tribunal resulta obligado a aceptar el allanamiento sin más trámites. 2º) Que sólo cabe no aceptarlo cuando estimar las pretensiones del recurso suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

En el supuesto examinado, según ha podido constatar este Tribunal, queda claro que el órgano de contratación a la hora de elaborar el presupuesto base de licitación, había incurrido en un error de cálculo en cuanto al importe de los costes indirectos. En este sentido, consta en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) en su anexo único, denominado determinación presupuesto base de licitación, que el total de los costes directos ascienden a 49.096,56 euros, y que según se indica en dicho anexo respecto de los costes indirectos *«se ha aplicado hasta un 16%»*, pero aunque no se señala que para obtener los mismos dicho porcentaje haya de aplicarse a los costes directos, dicha interpretación es la única posible de la redacción contenida en el citado anexo del PPT. Así, al aplicar dicho porcentaje a los costes directos se obtiene la cifra de 7.855,45 euros, que es la alegada por la recurrente y la confirmada por el informe al recurso.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que no existen razones jurídicas para considerar que el reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, quedando a salvo las garantías exigibles a la contratación pública recogidas en el artículo 1.1 de la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso interpuesto.

Segunda. Sobre el error en el cálculo del beneficio industrial.

Como se ha expuesto, la recurrente afirma que el error en el cálculo de los costes indirectos es arrastrado al cálculo del beneficio industrial que se estipula en un 6% sobre la suma de los gastos directos e indirectos, lo que supone una cifra de 3.417,12 euros. Sin embargo, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que se ha producido un error en el cálculo del beneficio industrial, y realiza un nuevo cálculo del mismo que no coincide con el efectuado por la recurrente, de tal forma que aun cuando ha habido un allanamiento en cuanto al reconocimiento de la existencia de error, no ocurre lo mismo respecto del importe alegado por la recurrente.

En este sentido, la diferencia estriba en que para la recurrente, para calcular el beneficio industrial ha de aplicarse el citado 6% sobre la suma de los gastos directos e indirectos, y para el órgano de contratación dicho porcentaje ha de aplicarse exclusivamente sobre los costes directos.

Determinada la controversia, procede reproducir el apartado 3.3 del mencionado anexo único del PPT cuyo tenor es el siguiente: *«3.3. Beneficio Industrial…2.561,56 euros. A efectos de determinar el valor estimado del contrato es necesario incluir el correspondiente beneficio industrial del contratista, se ha aplicado el mismo que el previsto en los contratos de obra, esto es del 6%.»*.

Como se observa, al igual que ocurre en el caso de los costes indirectos (apartado 3.2 del anexo único del PPT), no se indica en el citado apartado 3.3 sobre que costes ha de aplicarse el porcentaje del 6% de beneficio industrial, se afirma que «*se ha aplicado el mismo que el previsto en los contratos de obra*».

Pues bien, como indica el mencionado apartado 3.3 del anexo único PPT, el artículo 131 del RGLCAP señala como beneficio industrial el 6%. Textualmente dice así:

«*Se denominará presupuesto de ejecución material el resultado obtenido por la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario y de las partidas alzadas.*

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.

Estos porcentajes podrán ser modificados con carácter general por acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos cuando por variación de los supuestos actuales se considere necesario.

2. El Impuesto sobre el Valor Añadido que grave la ejecución de la obra, cuyo tipo se aplicará sobre la suma del presupuesto de ejecución material y los gastos generales de estructura reseñados en el apartado 1.».

Por su parte, el artículo 130.1 del citado RGLCAP dispone que *«El cálculo de los precios de las distintas unidades de obra se basará en la determinación de los costes directos e indirectos precisos para su ejecución, sin incorporar, en ningún caso, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que pueda gravar las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizados.»*.

Por tanto, queda meridianamente claro que, para obtener la cifra del beneficio industrial, el porcentaje del 6% ha de aplicarse a la suma de los costes directos e indirectos, esto es para el caso que nos ocupa un total de 3.417,12 euros, por lo que ha de darse la razón a la entidad ahora recurrente.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso interpuesto.

Tercera. Sobre la disminución del beneficio industrial sin motivación ni justificación en relación al anterior pliego.

Denuncia la recurrente el que sin motivación ni justificación se haya pasado de un porcentaje de beneficio industrial del 10 al 6%, a lo que se opone el informe al recurso indicando en síntesis que con dicho 6% la concurrencia está más que garantizada.

Pues bien, aun cuando el porcentaje a aplicar como beneficio industrial en los contratos de servicios, a diferencia del de obras, no se recoge en la normativa contractual, sí es posible encontrar referencias sobre ello 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 de la persona 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 las Resoluciones 134/2021, de 18 de abril y 136/2022, de 18 de febrero, de este Tribunal. Así como la Resolución 683/2016, de 9 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se indica que habida cuenta de que el referido porcentaje del 6% es establecido legalmente para determinar el presupuesto de licitación en el contrato de obra, así como el carácter modelo que el contrato de obra ha tenido tradicionalmente en el ámbito de la contratación pública, este porcentaje debe considerarse como orientativo a los efectos de determinar si el presupuesto base de licitación cumple con los requisitos exigidos en el artículo 100 y ss. de la LCSP.

Al respecto, que duda cabe de que un porcentaje del 10% de beneficio industrial podría hacer más atrayente la licitación pero no es menos cierto que la Administración, entre otras consideraciones, ha de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios.

A mayor abundamiento, en el supuesto que se examina se han presentado a la licitación un total de 19 empresas.

Por todo lo expuesto, en el supuesto que se examina este Tribunal considera que el 6% de beneficio industrial es más que suficiente para hacer atractivo el contrato que se examina, sin que el órgano de contratación tenga que justificar el cambio del 10 al 6 en el porcentaje del beneficio industrial.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el tercer motivo del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en las consideraciones primera y segunda del fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dicho fundamento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

En este sentido, una vez que se publiquen en su caso los nuevos pliegos, la recurrente o cualquier otra persona interesada si así lo desea podrá proceder a su impugnación, si entiende que los mismos, en cuanto a la parte que en su caso se modifique, adolecen de alguna irregularidad.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VALLE PESQUERA CONSULTORES S.L.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de gestoría laboral y fiscal a efectos de la elaboración de las nóminas municipales, los seguros sociales y otra documentación» (Expte. 3310/2021), convocado por el Ayuntamiento de Cártama (Málaga) y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 25 de noviembre de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas 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.