

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

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.H.A., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato del “Servicio público de limpieza, conservación y mantenimiento de parques y jardines del municipio de Sevilla la Nueva”, número de expediente 1306/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 31 de mayo y 3 de junio de 2018 se publicó respectivamente el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios El valor estimado del contrato es de 1.379.545 euros y el plazo de ejecución cinco años.

Interesa destacar en relación con los motivos de recurso que la cláusula cuatro del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece lo siguiente:

“El presupuesto base de licitación será de 312.000 euros anuales (IVA

incluido) lo que asciende a 1.560.000 euros (IVA Incluido) por el plazo de duración total del contrato, calculado con sujeción a lo establecido en el artículo 100 de la LCSP, conforme a la siguiente distribución:

*28% del contrato - 386.363,65 euros 21% de IVA 81.136,35 euros
(labores de poda, tratamientos fitosanitarios etc.).*

*72% del contrato - 993.181,80 euros 10% de IVA 99.318,20 euros
(labores limpieza parques etc.).*

El valor estimado del contrato será de: 1.379.545,45 euros (IVA excluido), calculado con sujeción a lo establecido en el artículo 101 de la LCSP”.

Segundo.- El 21 de junio de 2018 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación, escrito presentado por el representante de la Asociación ASEJA en el que solicita la anulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por resultar el presupuesto insuficiente para la ejecución del servicio.

El órgano de contratación da traslado al Tribunal del recurso copia del expediente administrativo y el informe al 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), con fecha 27 de junio de 2018.

Tercero.- Con fecha 4 de julio de 2018, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP.

Cuarto.- En el escrito de recurso se manifiesta que desde el departamento de estudios de la Asociación se ha analizado la convocatoria de licitación pública de referencia y el PCAP, y que se ha podido constatar lo siguiente:

1.- La Cláusula Cuarta del PCAP (Presupuesto Base de Licitación y valor estimado del contrato), incumple lo establecido en el artículo 100 de la LCSP puesto que no se facilitan los datos de costes directos e indirectos.

2.- El presupuesto de licitación previsto resulta insuficiente para cubrir los costes del personal exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Por lo tanto *“AD CAUTELAM dada la brevedad de los plazos y para el supuesto de no ser atendida la petición efectuada este escrito tendrá el carácter de Recurso especial en materia de contratación, para ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid, con apoyo en los artículos 44 y siguientes de la LCSP”*.

En consecuencia, solicita la modificación de la cláusula cuatro del PCAP impugnada.

Quinto.- El informe del Órgano de contratación alega en síntesis que el presupuesto es adecuado por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la convocatoria conteniendo los pliegos por los que se ha de regir el contrato fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018. Asimismo resulta de aplicación al contrato el régimen jurídico de la LCSP al haberse publicado la convocatoria del contrato el 3 de junio de 2018.

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

Según el artículo 1 de sus Estatutos, la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), se constituye al amparo de lo establecido en el artículo 22 de la Constitución Española; de la Ley 19/1977, de 1 de Abril, sobre Regulación del Derecho de Asociación Sindical; del RD 873/1977, de 22 de abril; y de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y como una asociación empresarial independiente de ámbito nacional, sin ánimo de lucro y sin fines especulativos, de duración indefinida, con autonomía económica y de gobierno, así como de personalidad jurídica y de plena capacidad de obrar para cumplimiento de sus fines, la disposición de sus bienes y el ejercicio de sus derechos.

El artículo 3 dispone que su ámbito de actuación, “*se podrá extender, sin limitación alguna, a todas las actividades empresariales o profesionales relacionadas con la organización, planificación, ejecución, adecuación, corrección, desarrollo, construcción, conservación y mantenimiento de parques y jardines y/o trabajos complementarios en espacios ajardinados, arbolados y con todo tipo de elementos vegetales, así como a la gestión de la fauna que pudiera estar asociada y/o relacionada con el hábitat ajardinado, arbolado o vegetal que se construya, conserve, mantenga o sea preexistente y sea de interés estudiarla y conservarla, abarcando ésta actividad, a todo el territorio del Estado Español*”.

Sus fines vienen establecidos en el artículo 4 de los citados Estatutos y figuran, entre otros, los de “*La representación colectiva, participación, gestión y defensa más amplia de los intereses económicos y profesionales de sus miembros ante los Poderes Públicos, y cualesquiera otras entidades o personalidades, públicas o privadas, nacionales, extranjeras o internacionales*”.

En el presente caso la Asociación ASEJA representa los intereses colectivos del sector de la jardinería por lo que se considera legitimada para interponer el recurso especial solicitando la adecuación del presupuesto base de licitación del contrato a los precios de mercado, al existir la relación de la entidad recurrente con el objeto del recurso. Asimismo se acredita la representación del firmante.

Tercero.- La publicación del anuncio tuvo lugar en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 3 de junio de 2018, por tanto el recurso interpuesto el 21 de junio de 2018 está dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.a) de la LCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente a un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se solicita por la recurrente la nulidad de la cláusula cuarta del PCAP en la que se establece el presupuesto de licitación y el valor estimado del contrato ya que entienden que además de no especificar los costes establecidos en el artículo 100 de la LCSP, el presupuesto es muy bajo y por tanto insuficiente para cubrir los costes del personal exigido.

En este sentido alega ASEJA en primer lugar que a través de la Cláusula anteriormente referida del Pliego, *“y a través de la información dispuesta en el mismo no se facilitan los datos y circunstancias de obligada entrega por imposición legal: costes directos e indirectos, otros eventuales gastos, costes salariales de forma desglosada y con desagregación de género (...).Tan sólo se ha procedido a facilitar el porcentaje del contrato que corresponderá a las labores de conservación y mantenimiento (28%), su tipo impositivo (21%), el importe asociado a dicho tipo (81.136,35.-€) y el presupuesto base destinado a su acometimiento (386.363,65.-€); así como el porcentaje del contrato que corresponderá a las labores de limpieza*

(72%), su tipo impositivo (10%), el importe asociado a dicho tipo (99.318,20.-€) y el presupuesto base destinado a su acometimiento (993.181,80.-€)”.

El órgano de contratación en su informe expone que “Si bien es cierto, que, en el PCAP, el presupuesto base de licitación no se detalla a través de un estudio económico, no obstante, el contrato que nos ocupa, establece y define claramente los recursos humanos mínimos que se pretenden para el desarrollo del contrato, pudiendo calcular en todo momento los salarios de los trabajadores y costes que suponen para la empresa. En cuanto a los medios materiales, se establece que no han de ser de nueva adquisición, excepto el o los camiones de caja abierta por lo que se puede considerar este coste y los gastos de amortización y mantenimiento de los restantes vehículos o maquinaria adscrita y propuesta a este contrato por cada una de las empresas licitadoras”.

De acuerdo con el artículo 100.3 de la LCSP en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto, respecto del que se establece que *“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 el caso de los contratos con importante presencia de personal, dicho precio viene marcado por el coste salarial pactado en Convenio Colectivo, de ahí que el artículo 100.2 señale respecto del presupuesto base de licitación *“(…) En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.*

En primer lugar el Tribunal comprueba que en el expediente no consta un informe de necesidad y que ni en la propuesta de servicio ni en la de Secretaría ni en ningún otro de los documentos que forman el expediente de contratación consta el desglose de los gastos materiales y de personal asociados al contrato, lo que en

principio constituye un defecto en la tramitación, que justificaría la estimación del recurso. Únicamente en el PCAP se incluye el listado de personal a subrogar y es en el informe con ocasión del recurso en el que se analizan los costes, a la vista del cuadro aportado por la recurrente.

Por otro lado se observa que existe un error en el presupuesto base de licitación expresado en el anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Señala el órgano de contratación en el informe que *“el presupuesto base de licitación no es 257.851,23 € anuales (cantidad considerada por la recurrente), sino que se establece, en la ya citada Cláusula Cuarta del PCAP, la cantidad de 275.909,09 € anuales, (excluyendo el IVA correspondiente 10% y 21%). Ello resulta de dividir 1.379.545,45 euros entre los cinco años del contrato”*.

Sin embargo en el mencionado anuncio se dice que el presupuesto base de licitación sin impuestos es de 1.289.256,19 euros que dividido entre cinco, asciende a 257.851,23 euros, que es la cantidad sobre la que ha efectuado sus cálculos la recurrente.

Por todo ello el recurso debe estimarse por este motivo, anulándose el Pliego y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades aprobando nuevos Pliegos en los que se determine el presupuesto de acuerdo con lo establecido en los artículos 100 y 116.4 de la LCSP y conste claramente las cantidades sin IVA y con IVA.

La estimación del recurso por este motivo haría innecesario el análisis del siguiente, relativo a la insuficiencia del importe de licitación para cubrir los costes del personal exigido pero como se han de elaborar nuevos Pliegos resulta conveniente a fin de evitar futuros recurso entrar a conocer también del motivo expuesto.

Alega la recurrente que *“existe una obligación impuesta por el PCAP, por el propio Convenio Colectivo de aplicación, de subrogar al personal actual prestador del servicio. A través del ANEXO II (...) se facilita el Listado de Personal a subrogar cinco operarios (...). No obstante lo anterior, a través del Pliego de Prescripciones*

Técnicas Particulares (PPTP) se dispone, entre otras cuestiones, que se ha de dotar al servicio de Técnico Jefe de Servicio (con dedicación del 30%), dos (2) equipos o cuadrillas de refuerzo para su ejecución (una para desbroces de parcelas y otra para poda de arbolado), y que en ningún caso, el personal directo y permanente, podrá ser inferior a ocho (8) trabajadores, sin incluir el personal de refuerzo, fines de semana y/o festivos(...) por lo que atañe al personal a disponerse a la ejecución del servicio, como mínimo y de carácter permanente han de ser contratados tres (3) nuevos operarios a los ya existentes (5), además de dos (2) cuadrillas de refuerzo de las cuales por el Órgano de Contratación y a través de los Pliegos de la licitación, no se facilita ni el número de operarios integrantes de las mismas, ni el tiempo de disposición de las mismas; como tampoco ninguna medición de las zonas, al objeto de calcular el número de operarios que se precisarían. A ello habría de sumarse el Técnico Jefe de Servicio (dedicación del 30%). Pues bien, a la vista de la información laboral facilitada en el Pliego, se ha procedido a hacer un estudio de costes cuyo resultado concluye que el importe de licitación (257.851,23.-€ IVA excl.) para cada uno de los años del contrato (5), sería inferior al coste anual del personal afectado al servicio (288.145,06.-€ IVA excl.); mediando una diferencia anual de (-) 30.293,83.-€. Ello aún sin haber considerado al “Personal de refuerzo” que obligatoriamente ha de disponerse al servicio, dado que no se dispone de datos para el cálculo de su coste”.

Acompaña al recurso un cuadro con el estudio de costes expresado.

El órgano de contratación en su informe hace constar lo siguiente:

- a. El presupuesto base de licitación no es 257.851,23 euros anuales, sino que se establece, en la ya citada Cláusula Cuarta del PCAP, la cantidad de 275.909,09 euros anuales, (excluyendo el IVA correspondiente 10% y 21%).
- b. Se aplica una dedicación del 30% del Jefe Técnico de Servicio que no se establece en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, pudiendo considerar que la dedicación de esta figura puede ser inferior, no obstante, se considera, que este coste, estaría incluido en los gastos generales.

c. Se aplica un 13% de Gastos Generales y un 6% de Beneficio Industrial, que son los porcentajes mínimos tipo que se aplican a los contratos de obra conforme se establece en el artículo 131 del Presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cualquier caso, se estima para nuestro cálculo, un porcentaje de Gastos Generales y Beneficio Industrial del 6%, que es el que se adopta con carácter general a este tipo de contratos de servicios.

d. Se adjunta cuadro con el coste salarial de los trabajadores, en el que se realizan las correcciones indicadas anteriormente, justificándose, además, el cumplimiento con la normativa laboral vigente.

El Tribunal tras el análisis de los dos cuadros aportados y de las alegaciones expuestas por las partes, considera que la dedicación del 30% de jefe de servicio exigido, no es desproporcionada ya que el PPT en el apartado III.B.7 exige *“al frente de los servicios y como máximo responsable de los mismos deberá figurar una persona suficientemente cualificada, que mantendrá contacto diario con la Jefatura Municipal del Servicio”*, por lo que con una dedicación inferior parece difícil que se cumpla el PPT.

Lo que no cabe en ningún caso es imputar ese coste a los gastos generales porque se trata de personal del contrato. A mayor abundamiento cabe señalar que según el cálculo del Ayuntamiento, le corresponde un 6% total a los gastos generales y beneficio industrial (12.594,41 euros anuales) sin que aparezca justificado que ese 3% de GG es suficiente para cubrir el coste del Jefe de Servicio (ASEJA lo calcula en 10.171,45 euros).

También se constata que no se ha incluido ninguna previsión de coste para el/los equipo/s o cuadrilla/s de refuerzo exigidos en el PPT (II.b.2 Limpiezas y desbroce y III.2 Podas) Se requiere por el PPT que esa cuadrilla se refleje en el organigrama que presenten los licitadores.

Incluso suponiendo que con una cuadrilla fuera suficiente para las dos actividades, debe preverse el coste en el cuadro de costes de personal correspondiente y no ha sido así.

Finalmente y por lo que se refiere a los costes de material debe tenerse en cuenta que el PPT, entre otras cosas, en su apartado II.b.2, exige la instalación de riego por goteo en las zonas que no lo posean y *“una aplicación Informática para facilitar la gestión del Servicio”*. Considera el Tribunal que estos costes deben preverse a la hora de calcular el presupuesto del contrato.

De igual modo se han establecido como criterios de adjudicación, la oferta de determinadas mejoras por lo que un presupuesto demasiado ajustado haría imposible su inclusión sin incurrir en incumplimientos de las exigencias del Pliego.

En base a todo lo anterior, el Tribunal estima igualmente este motivo de recurso entendiendo que el presupuesto del contrato es insuficiente y debe calcularse de nuevo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.2 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 don J.H.A., en nombre de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del “Servicio público de limpieza, conservación y mantenimiento de parques y jardines del municipio de Sevilla la Nueva, número de expediente 1306/2018”, anulando la cláusula cuarta del mismo y por consecuencia el Pliego y el procedimiento de

licitación, que deberá reiniciarse si persisten las necesidades, elaborando un nuevo Pliego de acuerdo a las consideraciones expuestas en los fundamentos de la presente Resolución.

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 59.1 de la LCSP.