

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

En Madrid, a 27 de abril de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde (ASEJA) contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la contratación del "servicio de mantenimiento de la jardinería y limpieza de exteriores en las zonas dependientes de la Universidad Autónoma de Madrid", número de expediente A-14/23, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 26 de marzo de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado total del contrato asciende a 2.651.835,68 de euros.

Segundo.- El 14 de abril de 2023 se presentó ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ASEJA en el que solicita la nulidad de los pliegos de condiciones.

Se desarrollan tres motivos:

1.- La insuficiencia del Precio Base de Licitación (PBL) por cuanto los costes directos son inferiores a coste que supone para la empresa el personal subrogable.

2.- Uno de los criterios de adjudicación, realización de prestación de servicios en centros con al menos 30.000 usuarios, no guarda relación con el objeto del contrato.

3.- Solicitud de la ISO 45001 “*Sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo*” como parte de la solvencia técnica.

Tercero.- El 20 de abril de 2023 el órgano de contratación remitió el recurso interpuesto, así como 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 asociación empresarial cuya finalidad es agrupar a empresas dedicadas a la

gestión de infraestructura verde, siendo este objeto coincidente con el propio del contrato y *“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).

Se acredita la representación del firmante del recurso y el acuerdo adoptado por la Junta Directiva de la asociación para recurrir.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones se pusieron a disposición de los licitadores el 26 de marzo 2023 e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación, el 14 de abril de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones en el marco 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.a) de la LCSP.

Quinto.- El primer motivo del recurso es la insuficiencia presupuestaria del contrato, por cuanto que los costes directos que se fijan en el desglose (607.105,24 euros) son inferiores al coste que supone para la empresa el personal subrogable (608.575,54 euros), según el anexo del mismo.

Además de este desajuste, existen igualmente otra serie de partidas que suponen un gasto para la empresa y que, no obstante ello, el órgano de contratación no ha valorado en orden a la conformación del PBL como son, a modo de ejemplo, los gastos relativos a EPI's y vestuario, de vehículos y maquinaria, herramienta, materiales, que llevan a la conclusión de que el presupuesto base de licitación está mal calculado.

Se citan todos los artículos de la LCSP concernidos y transcribe numerosas resoluciones de Tribunales de contratación.

Contesta el órgano de contratación que el coste del personal subrogable es correcto, pero se ha determinado el presupuesto conforme a unas necesidades de personal diferentes, citando doctrina.

La Universidad Autónoma recoge correctamente la doctrina de este Tribunal, que ha afirmado, como recuerda, que *“la subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla existente a la nueva contrata, que supondría esclerotizar la contratación administrativa”*.

En ese sentido, la Resolución 189/2020, de 13 de agosto, recoge el criterio mantenido con carácter general estableciendo que *“Como ha mantenido este Tribunal en anteriores ocasiones, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP, al fijar el importe de licitación de un contrato, pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente, pues en tal caso, quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato. En consecuencia, las listas de personal a subrogar informan el personal incluido y su antigüedad, pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las horas o prestaciones previstas en el Pliego. A partir de ahí pueden organizar el servicio de la mejor manera”*.

Procede desestimar este motivo, el coste de personal presupuestado viene determinado por las necesidades debidamente descritas por el órgano de contratación, no por el coste del personal subrogable.

El segundo motivo que afirma que *“uno de los criterios de adjudicación, realización de prestación de servicios en centros con al menos 30.000 usuarios, no guarda relación con el objeto del contrato”*. Este criterio de adjudicación es:

“b) Criterios cualitativos evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas (hasta 50 puntos):

- *Hasta un máximo de 15 puntos por haber realizado la prestación del servicio:*
 - *En universidades con al menos 30.000 usuarios en la gestión del contrato (15 puntos).*
 - *En entidades públicas con al menos 30.000 usuarios en la gestión del contrato (10 puntos).*
 - *En entidades privadas con al menos 30.000 usuarios en la gestión del contrato (5 puntos).*

La puntuación no es acumulativa. Se acreditará mediante certificado emitido por las Entidades en las que se haya prestado el servicio en el que constará de manera indubitada el número de usuarios. (...).”

Dice ASEJA que “el CRITERIO DE ADJUDICACIÓN anteriormente referido, por el que se conceden hasta quince (15) puntos por haber realizado la prestación del servicio en distintas universidades o centros públicos o privados (graduándose la puntuación en función del número de usuarios de los mismos), no guarda relación con el OBJETO DEL CONTRATO”.

Conviene transcribir la respuesta de la Universidad:

“Respecto a la falta de nexo causal entre el objeto del contrato y el criterio de adjudicación relativo la experiencia en centros con más de 30.000 usuarios que se “beneficien” de la gestión del contrato , número de personas similar a las que transitan el campus de Cantoblanco, entendemos la vinculación desde el momento que la realización de los servicios son fundamentalmente exteriores y que conllevan riesgos evidentes tanto en su realización (hacer una poda por ejemplo) como su dejación en hacerla (caída de ramas).En este mismo sentido respecto al número de personas que transitan, se encuentra la edad y el uso de las zonas ajardinadas. Como decíamos al inicio del presente informe, el tiempo de permanencia en el campus es dilatado a lo largo del día y no existe prohibición para el disfrute de zonas verdes que, incluso en invierno, acogen a personas en distintas actividades, desde comer a dormir pasando

por practicar deportes. La idiosincrasia de nuestro personal unido a la ubicación del campus supone un alto uso de espacios verdes que “dificulta” o entorpece la prestación de los servicios requeridos y sobre todo, por la frecuencia en el uso que se hace, tiene un mantenimiento distinto. La experiencia en este tipo de gestión concreta es muy diferente a la que se pueda tener en una prestación similar en espacio con usuarios de otra índole a pesar de que la extensión sea la misma (espacios verdes de un geriátrico).

El criterio de adjudicación que busca la analogía de servicios anteriores con usuarios similares a los que utilizan los espacios en la Universidad se encuentra plausible”.

A juicio de este Tribunal el criterio de adjudicación transcrito no guarda una relación directa con el objeto del contrato y es discriminatorio, siendo inentendibles las razones por las que la limpieza de espacios similares a los jardines de las universidades (públicos o privados) con una afluencia de usuarios similar, tiene una puntuación distinta que va de 15 a 5 puntos. El argumento del uso intensivo de las zonas verdes del campus decae frente a otros espacios con las mismas características. Precisamente, por su ubicación en una hoya alejada de cualquier núcleo urbano, su utilización se circunscribe temporalmente a lo largo del día. El criterio no permite valorar objetivamente los méritos de las distintas ofertas. Ni es mensurable. Como prueba, la forma de acreditación: *“se acreditará mediante certificado emitido por las Entidades en las que se haya prestado el servicio en el que constará de manera indubitada el número de usuarios”.*

Ya la expresión *“30.000 usuarios en la gestión del contrato”* es equívoca, porque obviamente los usuarios de los parques no gestionan el contrato ni son 30.000. Tampoco se entiende cómo se mide y acredita el parámetro de que existan 30.000 usuarios de los parques, ni en la misma Universidad Autónoma, cuando no hay que atravesar los mismos para acceder a los edificios donde se imparten las enseñanzas, hay caminos y calles. No es lo mismo matrícula de estudiantes, que usuarios de los

parques. No se entiende cómo se acredita “de forma indubitada” que los parques tienen 30.000 usuarios o más.

Pero es que fundamentalmente no se entiende que se valore el número de usuarios y se prescindan como criterio valorativo de la superficie a limpiar y de la vegetación existente a mantener. Como dice el recurrente, *“habría sido más oportuno referirlo y modularlo con base a la extensión y volumen de las zonas verdes a mantener y limpiar, en lugar de hacerlo con base al número de usuarios, dado que ello ni tan siquiera concluye que hagan uso ni disfruten de dichas zonas verdes (y consecuencia de ello, objeto de mantenimiento y limpieza)”*.

Puede haber 30.000 usuarios o más, pero si es una zona yerma o incluso con escasa vegetación, no se entiende qué es lo que se está valorando, ni cómo se discriminan zonas de escasa vegetación con otras con un profuso manto vegetal y de arbolado, con independencia del número de paseantes y de estacionarios en las zonas verdes.

Se entiende que este criterio vulnera el artículo 145 de la LCSP, apartados 5 y 6:

“5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que

permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.

Por lo expuesto se estima este motivo, lo que conlleva la anulación de los pliegos y de la licitación.

En tercer lugar, se argumenta por el recurrente que el certificado ISO 45001 “Sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo” requerido no es exigible dentro de la solvencia técnica ni guarda relación con el objeto del contrato.

Entiende el órgano de contrato que este certificado es un elemento más dentro de la solvencia técnica, que exige otros certificados entre otros requisitos. La ISO 45001 es la nueva norma internacional para la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, tiene como objetivo proporcionar condiciones de trabajo seguras y saludables, prevenir las lesiones y el deterioro de la salud y mejorar el desempeño en seguridad y salud en el trabajo y es la herramienta apropiada para demostrar que la empresa cumple con criterios de buen comportamiento en lo referente a la seguridad y la salud de sus trabajadores, además, es aplicable a cualquier tipo de organización independientemente de su tamaño, actividad o naturaleza. La norma ISO 45001

resulta muy útil para organizaciones pequeñas o medianas al reducir el absentismo laboral y los accidentes de trabajo. La discrecionalidad del órgano de contratación en la definición de los criterios de adjudicación ampara la inclusión de esta certificación.

A juicio de este Tribunal, el criterio de solvencia no encuentra encaje dentro de los supuestos tasados en el artículo 90 de la LCSP, ni siquiera cabe considerarlo dentro del artículo 93 (acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad) o 94 (acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental). Es un criterio cualitativo que podría ser objeto de valoración como criterio de adjudicación (artículo 145.2 1º dentro de “*criterios sociales del contrato*”), pero no puede constituirse en una barrera infranqueable de entrada a la licitación, como en el caso, lo que resulta desproporcionado y discriminatorio, amén de no acreditar la aptitud para la realización de la prestación.

No es un certificado de calidad ni de gestión medioambiental, y no puede exigirse como medio de acreditar la solvencia, tal y como razona el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución 1153/2018, de 17 de diciembre:

“En siguiente lugar, en relación con la alegación del recurrente del excesivo número de certificados exigidos, se observa que se incluye una “Certificación de Calidad OSHAS 18001:2007 o equivalente”. Como dijimos en nuestra Resolución 627/2018, esta Certificación no es de calidad, ni de gestión medioambiental (como afirma el pliego), sino de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo. Por tanto, además de ser aplicable a su exigencia lo indicado anteriormente, resulta que no puede exigirse como medio para acreditar la solvencia técnica por no estar relacionada entre los medios tasados que relaciona el artículo 90.1 de la LCSP, además de que el propio pliego, en su cláusula 13, sólo se refiere al cumplimiento de normas de garantía de la calidad, y de gestión medioambiental”

Procede estimar también este motivo del recurso.

Al anular la licitación es innecesario pronunciarse sobre la suspensión solicitada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 de la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde (ASEJA) contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la contratación del "servicio de mantenimiento de la jardinería y limpieza de exteriores en las zonas dependientes de la Universidad Autónoma de Madrid", número de expediente A-14/23, con anulación de los pliegos, y por los motivos tasados en el fundamento quinto.

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.