

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

En Madrid, a 23 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don J.S.H., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, de Prescripciones Técnicas y sus Anexos, del contrato del “Servicio integral de conservación, limpieza y mantenimiento de zonas verdes, espacios verdes de propiedad pública, arbolado viario público y asimilables del Municipio de Villaviciosa de Odón”, número de expediente 0028/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas, 5 y 12 de agosto de 2015, se publicó respectivamente, en el DOUE y en el BOE el anuncio de licitación correspondiente al contrato de “Servicio integral de conservación, limpieza y mantenimiento de zonas verdes, espacios verdes de propiedad pública, arbolado viario público y asimilables del Municipio de Villaviciosa de Odón”, dividido en dos lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El anuncio se había publicado previamente en el perfil de contratante con fecha 31 de julio de 2015.

El valor estimado del contrato es de 6.497.291,30 euros.

Segundo.- Interesa destacar al objeto del presente recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en el apartado 2 del Anexo I, lo siguiente:

“LOTE1. Dentro del precio del contrato se contempla una parte de su abono mediante la entrega de los bienes materiales especificados en el Anexo V del Pliego de Prescripciones Técnicas, como pago en especie y según la valoración económica realizada de los mismos. Dicho valor total se detraerá de los abonos que procedan al Adjudicatario, en los dos primeros meses de ejecución del contrato tras la formalización del acta pormenorizada de entrega que se realice”.

Por otro lado el artículo 7 del PPT en su párrafo segundo, determina:

“Parte del precio del contrato en el lote 1, se abona en especie, mediante la cesión de la maquinaria que se incluye en el Anexo V, por el valor total de la misma. Dicho valor total se detraerá de los abonos que procedan al adjudicatario de dicho lote, en los dos primeros meses de ejecución del contrato tras la formalización del acta de entrega que se detalla más extensamente en el artículo 14 del presente documento”.

El artículo 14, respecto del lote1 especifica: *“Al ser el objeto del presente pliego el mantenimiento integral de todas las zonas verdes del municipio, el adjudicatario del lote 1 vendrá obligado a aceptar como pago en especie el lote de maquinaria que se indica en el Anexo V de este pliego de condiciones por el valor económico establecido. La referida maquinaria ha sido tasada de forma unitaria, en base a sus características técnicas, estado de operatividad y estado de amortización respecto de su vida útil”.*

Tercero.- El 24 de agosto de 2015 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

(PCAP), de Prescripciones Técnicas (PPT) y sus Anexos, del procedimiento mencionado.

El recurso se había anunciado previamente el día 21 de agosto.

El Órgano de contratación da traslado al Tribunal del recurso, del expediente administrativo y del preceptivo informe, con fecha 28 de agosto de 2015.

Cuarto.- Con fecha 7 de septiembre de 2015, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.4 del TRLCSP.

Quinto.- En el escrito de recurso manifiesta que desde el departamento de estudios de la Asociación se ha analizado la convocatoria de licitación publicada para la contratación del servicio integral de conservación, limpieza y mantenimiento de zonas verdes, espacios verdes de propiedad pública, arbolado viario público y asimilables del Municipio de Villaviciosa de Odón y que se ha podido constatar lo siguiente:

“Tanto en el PCAP (En su el apartado 2 del Anexo 1), como en los artículos 7 y 14 del PCT, se contempla que en el precio del contrato, en lo referente al Lote 1, una parte de su abono mediante la entrega de una serie de bienes materiales que se especifican en el Anexo V del PCT; y asimismo dicha relación contenida en precitado Anexo V también adolece de determinadas irregularidades” (sic).

En consecuencia, solicita la modificación de los Pliegos en los correspondientes apartados así como el Anexo V del PPT.

Sexto.- El informe del Órgano de contratación alega en primer lugar que concurre una causa de inadmisión del recurso debida a la falta de legitimación de la Asociación recurrente.

Por otro lado y sobre el fondo del recurso, considera en cuanto a la forma de

abono del precio en el lote 1: *“Que lo que se produce es una subrogación del contratista en los medios materiales y personales adscritos a la prestación del contrato, y por ello la maquinaria afecta a la prestación del servicio debe pasar al nuevo licitador; dicha maquinaria fue transmitida por el Ayuntamiento al actual adjudicatario para la prestación del servicio, y está afecta al mismo, por lo que forma parte del conjunto de medios humanos y materiales con los que actualmente se presta el contrato y que se transfieren al nuevo contratista.*

No existe un contrato mixto, sino un contrato de servicios que lleva aparejada la transmisión de maquinaria y la subrogación del nuevo contratista en las relaciones laborales existentes con el personal adscrito a la prestación del servicio”.

Igualmente señala que *“La subrogación de los vehículos y la maquinaria adscrita al contrato es necesaria para garantizar la continuidad de la prestación del servicio eximiendo a la empresa entrante de adquirir la totalidad de vehículos y maquinaria al inicio de cada contrato”.* Cita en apoyo de sus tesis la Resolución 612/2015, de 6 de julio del TACRC, relativa un contrato de servicio de transporte sanitario.

En cuanto a la valoración de los vehículos y la maquinaria a subrogar argumenta que *“el informe técnico que consta en el expediente (folio 7) explica que la valoración de la maquinaria se ha realizado aplicando un modelo lineal de dos tramos, aplicando un valor residual a los bienes cuya vida útil ha transcurrido, pues es claro que conservan un valor residual que debe ser tenido en cuenta.*

La valoración de los bienes consta en el expediente, en los cuadros anexos, y no se trata de una valoración aleatoria ni injustificada, sino aplicando los parámetros indicados en dichos cuadros. Por ello, y con apoyo en el informe técnico que consta en el expediente, se entiende que la valoración de los vehículos y la maquinaria es acertada, y procede en consecuencia desestimar las alegaciones de la recurrente en este punto”.

Séptimo.- No existen interesados en el procedimiento ya que no se han presentado licitadores, por lo que no procede dar traslado del recurso para formular alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Especial mención merece la legitimación de la Asociación recurrente ya que ha sido alegada por el Ayuntamiento como causa de inadmisión del recurso.

El artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), establece la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Una interpretación restrictiva de este precepto sería contraria a la tendencia jurisprudencial que admite la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso.

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. Se adjunta certificado del órgano estatutario adoptando el Acuerdo de interposición.

En consecuencia, debe concluirse que queda acreditada la legitimación de la Asociación ASEJA para interponer recurso especial, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”. (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues fue anunciada la licitación en el BOCM el 12 de agosto de 2015, facilitándose los Pliegos en el perfil del contratante, presentado el recurso ante el órgano de contratación el 24 de agosto de 2015, dentro del plazo de quince días, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, de Prescripciones Técnicas y sus Anexos, correspondientes a un contrato de servicios clasificado en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, y de cuantía superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Teniendo en cuenta que la ausencia de licitadores va a motivar la declaración de desierto del procedimiento por parte del Ayuntamiento, que deberá volver a licitarse, resulta preciso pronunciarse sobre la legalidad de los pliegos impugnados, a los efectos de que en el nuevo procedimiento que se inicie puedan, en su caso, elaborarse de nuevo de acuerdo con los fundamentos de la presente Resolución.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se solicita por la recurrente la modificación de los Pliegos y el Anexo V, en los apartados que exigen la subrogación del adjudicatario del lote 1, en determinada maquinaria y vehículos, valorada por el Ayuntamiento y cuyo importe se detraerá del precio del contrato, así como la corrección de los valores establecidos para la misma.

Sexto.- El TRLCSP en su art. 87 apartado 1 dispone: *“En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá*

expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. 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”.

Considera la recurrente que la posibilidad de pago mediante la entrega de otras contraprestaciones queda limitada al contrato de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos y no para el contrato de servicios que es el que ahora se licita. Además esa posibilidad de pago en especie se supedita a una expresa y concreta habilitación legal que, entienden no se da en este supuesto.

El Ayuntamiento sostiene que estamos ante un contrato de servicios que lleva aparejada la transmisión de maquinaria al igual que comporta la subrogación de determinado personal, circunstancia admisible y que no implica la modificación en la calificación del contrato.

Este Tribunal considera que la subrogación del contratista en la propiedad de maquinarias y herramientas, es un posibilidad admitida por la ley y que es frecuente en aquellos contratos de servicio que por su naturaleza conllevan el uso de gran cantidad de máquinas o vehículos y lo que pretende, es favorecer al adjudicatario que de esta forma no debe desembolsar la cantidad que supondría la compra de nueva maquinaria necesaria para la ejecución del contrato, sino que se le permite utilizar la ya adquirida por el anterior adjudicatario o por el Ayuntamiento, abonando el valor residual de la misma.

En virtud de lo establecido en los artículos 22 y 116 del TRLCSP, le corresponde al órgano de contratación el establecimiento de las prescripciones técnicas particulares que consideren precisas para la realización de la prestación en

función de las necesidades y los fines a conseguir, todo ello de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la ley.

En consecuencia, y en aplicación del mencionado precepto, en este caso no existe óbice para la previsión en los Pliegos de la subrogación en cierta maquinaria o elementos del contrato, ni resulta tampoco contrario a derecho que en vez de abonarlo de forma independiente, siendo el propietario el Ayuntamiento, se haga a través de una compensación del precio del lote, sin por ello considerar que se modifica la naturaleza del contrato.

Cosa distinta es que la subrogación, como reconoce el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 612/2015 de 6 de julio, citada por el Ayuntamiento, deba venir justificada *“para garantizar la continuidad de la prestación del servicio”* y que además se tenga que tratar de vehículos o maquinaria que se encuentren en *“plena vida útil”*.

Esto implica que los elementos incluidos en el Anexo V del PPT, sea maquinaria o vehículos, deban estar en condiciones de ser utilizados en la prestación.

En el caso planteado, tal y como expone la recurrente y consta en el cuadro del Anexo V, cinco de las máquinas (cesta ajustable, dumpers, tractor y zanjadora) no están en condiciones de utilización, bien por no cumplir la normativa, por no estar homologada, por encontrarse sin documentación o estar averiada.

Por lo tanto, en estos casos no puede estar justificada la necesidad de subrogación para la continuación del servicio, puesto que no pueden utilizarse y no procede su inclusión en el PPT, ni su consideración como precio ya que el pago en especie solo está contemplado por el artículo 294.1 del TRLCSP, respecto de los contratos de suministros y los de servicios para la gestión de sistemas de información, servicios de telecomunicaciones y los contratos de mantenimiento de estos sistemas, suministros de equipos, etc.

A mayor abundamiento, en cuanto al resto de máquinas incluidas en el Anexo V, la recurrente discute la valoración que se ha dado a las mismas. Estima que los cálculos incluidos son erróneos, puesto que aplicando los conceptos que se indican en el propio cuadro como coste inicial, antigüedad y amortización, salen valores inferiores a los recogidos.

El Tribunal comprueba que, admitiendo las cantidades anuales en concepto de amortización recogidas en el cuadro de valores, la multiplicación por el número de años no da como resultado el valor del pliego.

En el caso del camión Renault, con una antigüedad de 11 años y una vida útil de 14, tiene un coste inicial de 72.778,40 euros y una amortización anual de 5.198,46 euros. Por tanto el valor residual debería ser 14.965,34 euros y no los 21.313,67 euros que se fijan.

Igualmente cabe objetar el cálculo hecho respecto de la furgoneta Renault que tiene una antigüedad de 14 años y una vida útil de 10, con lo que su valor residual debería ser cero y no los 1.935,10 euros que pone el pliego.

El informe técnico, que consta en el expediente administrativo y al que se remite el informe del órgano de contratación respecto al valor de la maquinaria, no explica los cálculos efectuados, indicando únicamente: *“En los cálculos de valoración de la maquinaria municipal se ha formulado un modelo lineal en dos tramos, así como la existencia de ciertas máquinas averiadas no repuestas. La valoración para la presente anualidad de 2015 se encuentra detalla en el Anexo V.”*

Por todo lo anterior y no existiendo justificación de la cantidades reflejadas, procede estimar el recurso por este motivo, anulando el Anexo V del PPT que, caso de considerar el órgano de contratación oportuno su mantenimiento como subrogación de equipamiento, deberá incluir solamente aquellos vehículos y maquinaria en perfecta vida útil y aptos para su utilización por el adjudicatario y ser

valorados de forma correcta en aplicación de los coeficientes de amortización aplicables, a fin de obtener su valor residual, en el ámbito de la subrogación del material obligado en el PPT.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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 interpuesto por don J.S.H., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, de Prescripciones Técnicas y sus Anexos, del contrato del “Servicio integral de conservación, limpieza y mantenimiento de zonas verdes, espacios verdes de propiedad pública, arbolado viario público y asimilables del Municipio de Villaviciosa de Odón”, anulando el apartado 2 del Anexo I del PCAP y el artículo 7, el 14.1 y el Anexo V del PPT, que deberán elaborarse de nuevo, en su caso, de acuerdo con 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.