

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don J.H.A., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de “Servicios de mantenimiento y conservación de jardines, limpieza y retirada de residuos de parques y jardines urbanos” del Ayuntamiento de San Fernando de Henares, expediente 8/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de mayo de 2014 se publicó en el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato de “Servicios de mantenimiento y conservación de jardines, limpieza y retirada de residuos de parques y jardines urbanos” del Ayuntamiento de San Fernando de Henares. El valor estimado del contrato es de 6.479.705,94 euros.

Segundo.- El 28 de mayo de 2014 tuvo entrada en el Registro del Órgano de contratación, escrito presentado por el representante de la Asociación ASEJA en el

que solicita la modificación y subsidiariamente la anulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que sin embargo, no fue trasladado al Tribunal, que lo recibió por correo electrónico de la recurrente el día 12 de septiembre de 2014, fecha en que se requirió al órgano de contratación el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP).

El Órgano de contratación dio traslado al Tribunal del expediente administrativo con fecha 18 de septiembre de 2014.

Tercero.- En el escrito de recurso manifiesta que desde el departamento de estudios de la Asociación se ha analizado la convocatoria de licitación publicada en el BOCM, de 16 de mayo, para la contratación del servicio de mantenimiento y conservación de jardines, limpieza y retirada de residuos de parques y jardines urbanos del Ayuntamiento de San Fernando de Henares y que se ha podido constatar lo siguiente:

“...según se desprende del PCAP (y en concreto en su Disposición 22ª (Leyes especiales”), así como de su Anexo XI hay obligación de subrogar al personal actualmente prestador del servicio por la/s empresa/s adjudicataria/s del contrato”.

Yendo al Apartado 2 de la Disposición 5 (“Presupuesto máximo de Licitación”) del PCAP, ascendiendo este a 4.319.803,97 € (1.079.951,00€/año/IVA excl.).

Considerando el listado de personal a aportar y a subrogar (el mínimo requerido para la prestación del servicio: 2 ingenieros de Montes; 3 encargados; 6 oficiales Jardineros /Conductores; 6 jardineros; 18 auxiliares Jardineros; 5 peones; y 1 aprendiz) facilitado por el órgano de Contratación, y los datos contractuales obrantes en los Pliegos al objeto del cálculo de sus costes laborales, se observa (según los cálculos efectuados, y cuyo cuadro en justificación se aneja al presente escrito), que el coste salarial anual ascendería, s.e.u.o., a la cantidad de Un millón Doscientos catorce mil Cuatrocientos Ochenta y siete Euros con treinta y Seis Céntimos de Euro-1.214.487,36 de Euros.

Es decir; confrontando dicha cifra (presupuesto base) con la lista de personal a destinar a la prestación del servicio, junto con el que ha de subrogarse, sus circunstancias contractuales laborales, y el salario, se observa, tal y como se ha dicho con anterioridad, que el precio de licitación no cubriría tan siquiera los costes salariales del personal a destinar al servicio.

Referido presupuesto base de licitación no ya sólo no cubriría los costes salariales del personal a subrogar (necesario para el buen fin del contrato, y en evitación de posibles conflictos laborales); sino que tampoco lo haría sobre los gastos generales ni beneficio, lo cual es insostenible económicamente hablando; y lo cual supone un importante peligro para la viabilidad de la prestación del servicio”.

Añade: “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 40 y siguientes del TRLCSP”.

En consecuencia, solicita la modificación de los Pliegos en los correspondientes apartados.

Cuarto.- El informe del Órgano de contratación alega en síntesis que el Ayuntamiento para sus cálculos de costes de personal y elaboración del presupuesto ha partido de las tablas salariales incluidas en el Convenio colectivo de aplicación, publicado en el BOE nº 173 de 20 de julio de 2013, que establece determinados salarios base y además que en la relación de personal presentada por las dos contrataciones figuran los extras de nóminas que totalizan 21.093,37 euros y la fecha de antigüedad con la que se calcula el coste por este concepto y que asciende a la cifra de 63.987,45 euros.

Incluye un cuadro desglosado en el que detalla el personal mínimo para

prestar el servicio, destacando que el coste laboral total es de 909.300,13 euros cifra que difiere de la que maneja el recurrente en 305.187,23 euros

Quinto.- Concedido trámite para alegaciones a los interesados ha presentado escrito la empresa Urbaser S.A., propuesta como adjudicataria del contrato, que en síntesis alega la extemporaneidad del recurso contra los Pliegos, cuya publicación se realizó el 17 de junio de 2014, y la falta de legitimación de ASEJA para interponer el recurso especial por falta de interés legítimo. Indica que todos los licitadores presentados son miembros de ASEJA por lo que una eventual estimación del recurso no generaría beneficio alguno a los asociados, cuya defensa tiene encomendada la asociación recurrente. Solicita por tanto la inadmisión del recurso por extemporaneidad y por falta de legitimación activa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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 se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. (Artículo 42 del TRLCSP).

Se acredita en el expediente la legitimación de la Asociación ASEJA para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en 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), que 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, por lo que frente a la falta de legitimación alegada por Urbaser, fundada en un eventual conflicto de intereses, este Tribunal no puede apreciarla sin perjuicio de las relaciones internas de la Asociación con sus asociados. Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2. a) del TRLCSP, pues la licitación fue anunciada en el BOCM el 16 de mayo de 2014, facilitándose los Pliegos en el perfil del contratante, presentado el recurso ante el órgano de contratación el 28 de mayo de 2014, 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 el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente a un contrato de servicios clasificado en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, y 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se solicita por la recurrente la nulidad de los Pliegos y aunque exactamente se refiere expresamente en el recurso al de Cláusulas Administrativas Particulares, debemos entender que los motivos

afectarían a los dos ya que entienden que el presupuesto es muy bajo y por tanto insuficiente para cubrir los costes del personal exigido.

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”.*

El TRLCSP en el artículo 87 establece la pautas para determinar el precio del contrato pero no contiene una norma expresa en la que se establezca los conceptos que deba contener el presupuesto base de licitación de estos contratos.

A su vez el artículo 88 introduce como novedad la forma de calcular el valor estimado de los contratos y en su apartado 2 dispone que *“La estimación debe hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación, o en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato”.*

En el apartado 5 se dispone que para los contratos de suministros y los de servicios que tengan carácter de periodicidad o que deban renovarse en periodo de tiempo determinado se tomara como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades *“a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial”.*

En el apartado 6 de este artículo se establecen las cantidades a tomar como base para el cálculo del valor estimado en contratos de servicios.

Para estos contratos el artículo 302 del TRLCSP regula la determinación del precio estableciendo que en el Pliego de Cláusulas Administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.

Sobre la adecuación de los precios al mercado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que a la hora de determinar el precio de los contratos se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/97, de 16 de diciembre, señala que la *“primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”*, e insiste en que *“el artículo 203.2 de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas no pretende que se cumpla solamente una formalidad cual es la inclusión del sistema de determinación del precio en una cláusula del pliego de cláusulas administrativas particulares, sino algo más: que el presupuesto del contrato, que se convertirá en su precio según la oferta seleccionada, se elabore con arreglo a un sistema que deberá ser el adecuado para valorar en términos económicos las prestaciones objeto del contrato”*.

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios, de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.

En concreto y sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el Informe 4/2001, de 22 de febrero, sobre el artículo 14.1, último párrafo de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (LCAP) relativo a la adecuación del precio de los contratos al mercado, considera que es ajeno a la contratación administrativa, y, por tanto, no puede incidir sobre ella de forma directa, lo pactado en un convenio colectivo laboral. No obstante añade *“(...) se pueden considerar como momentos en los que el órgano de contratación puede tener en cuenta, de alguna manera, el contenido de los convenios colectivos, por una parte, cuando ha de fijar el presupuesto base de licitación, a la hora de cumplir con el mandato de que éste sea adecuado al precio de mercado (art.14 LCAP), fijando y justificando en la memoria correspondiente un precio que contemple, entre otros factores, el coste establecido en el Convenio Colectivo”*.

En consecuencia, como ya ha mantenido este Tribunal, entre otras, en su Resolución 89/2011 de 21 de diciembre de 2011, se considera que si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta, al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato.

Por otra parte el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda 34/2001, de 13 de noviembre, dice, refiriéndose a un contrato de servicios de seguridad, que la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para formular su proposición económica y en concreto los efectos derivados del Convenio Colectivo de Empresas

de Seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando al órgano de contratación, a realizar un examen y comprobación de diversos elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, además de los del Convenio respectivo, el pago de Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones u otros aspectos de la legislación laboral. Y concluye: *“La circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concurso con los requisitos del artículo 86, apartados 3 y 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en esencia, el que dichos criterios figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

Séptimo.- En el caso que se analiza procede, en primer lugar, determinar el personal exigido en los Pliegos para luego establecer cuál sería el coste del mismo al objeto de comprobar la viabilidad del presupuesto de contratación.

De acuerdo con lo establecido en la cláusula 30 del PCAP, el contratista estará obligado a la subrogación del personal determinado en el Anejo 5 del Pliego.

Por otro lado, el apartado 5 del PPT se refiere al personal que el adjudicatario debe dedicar a los trabajos objeto del contrato, y dice textualmente: *“En la plantilla asignada al servicio contratado deberán figurar las categorías laborales que figuran en el Convenio Estatal de jardinería, artículo 10 , y que serán como mínimo , salvo lo expresado en el PCTP:*

- *Técnico Licenciado.*
- *Técnico no titulado.*
- *Encargado o Maestro Jardinero.*
- *Oficial jardinero.*
- *Jardinero.*
- *Auxiliar jardinero.*

Será de aplicación lo establecido en el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2009-2004, artículo 43- Cláusula de subrogación.”

Del informe del órgano de contratación se desprende que el número de trabajadores considerado por el recurrente en el escrito del recurso es correcto.

Por lo que se refiere al coste de ese personal, al objeto de calcular el presupuesto de licitación, debemos remitirnos, como indica el órgano de contratación, al Convenio aplicable.

El Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2013-2014, publicado por Resolución de 4 de julio de 2013 de la Dirección General de Empleo, en el BOE de 20 de julio de 2013, contiene las tablas salariales de las diferentes categorías de personal, indicando los salarios mínimos para 2014.

Las cantidades correspondientes a los salarios para 2014 son las utilizadas en el cuadro explicativo aportado en su informe por el Ayuntamiento, y que le han servido de base para calcular el presupuesto del servicio.

Por otro lado, la recurrente aporta un cuadro explicativo que incluye otras cantidades superiores, pero no explica en ningún momento en qué fuente se basa o qué razón existe para el incremento recogido.

Debe recordarse que la carga de la prueba incumbe al recurrente careciendo el recurso presentado del más mínimo sustrato probatorio que permita considerar las alegaciones contenidas en el mismo.

Tampoco se hace alusión al Convenio vigente que se ha de aplicar.

A mayor abundamiento cabe destacar que han concurrido cinco empresas a

la licitación que deben conocer los costes salariales, ya que el Convenio Colectivo del sector, publicado en 2013, tiene un periodo de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, y que el PPT contiene la información sobre el personal afectado por la subrogación, datos y compromisos que deben tener en cuenta al realizar su oferta, así como que el contrato debe cumplirse a tenor de sus cláusulas como disponen los artículos 209 y 305 del TRLCSP y que su ejecución se realizará a riesgo y ventura del contratista como dispone el artículo 215 de la citada ley y recoge la cláusula 17 PCAP.

Considerando todo lo anterior este Tribunal estima que no es posible considerar que el presupuesto del contrato sea inviable, en cuanto a los costes salariales previstos.

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.- Desestimar el recurso 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 y de Prescripciones Técnicas de la licitación para contratar los “Servicios de mantenimiento y conservación de jardines, limpieza y retirada de residuos de parques y jardines urbanos” del Ayuntamiento de San Fernando de Henares

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.