

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

En Madrid, a 13 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación de empresas de gestión de infraestructura verde (ASEJA) contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “SERVICIO DE ASISTENCIA TÉCNICA INTEGRAL DE APOYO A LA INSPECCIÓN Y CONTROL DE CALIDAD DEL SERVICIO MUNICIPAL DE PARQUES Y JARDINES” promovido por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, número de expediente 02.07.01.2021/17SS_REYES este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del órgano de contratación alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 599.482,78 euros y su plazo de duración será de tres años prorrogables por otros dos más.

El plazo de licitación termina el 19 de enero de 2022.

Segundo.- - El 30 de diciembre de 2021 tuvo entrada en el órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ASEJA en el que solicita se modifique el pliego de cláusulas administrativas en cuanto al adecuado cálculo del presupuesto base de licitación en base a los requerimientos efectuados en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

El 7 de enero de 2022 el órgano de contratación remitió el recurso especial en materia de contratación interpuesto, 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).

Tercero.- El recurrente ha solicitado la suspensión del procedimiento, no obstante el propio órgano de contratación ha adoptado dicha medida cautelar. Este Tribunal no acordará medida cautelar alguna al entrar directamente en la resolución del recurso. Por ello una vez notificada la resolución a todos los interesados, será el órgano de contratación quien levante la suspensión por él acordada.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 una asociación empresarial “*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).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron puestos a disposición de los potenciales licitadores el 17 de diciembre de 2021 e interpuesto el recurso ante el órgano de contratación el 30 de diciembre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones 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.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se centra en la adecuación de presupuesto base de licitación a las exigencias de la prestación del servicio desarrolladas tanto en el PCAP como en el PPTP.

Concretamente son tres los motivos o que ASEJA utiliza para fundamentar su recurso.

En primer lugar considera que de la desagregación del presupuesto base de licitación se evidencia que: *“la distribución del Presupuesto por anualidades del contrato. A través de dicha distribución se constata que para la primera (1ª) y para la segunda (2ª) anualidad, se dispone un importe para cada una de ellas de 89.508,07.- € (Iva excl.); siendo que, sin embargo, e inmediatamente seguido, a través del desglose económico por anualidades, para la primera (1ª) anualidad se disponen 88.627,44.-€ y para la segunda (2ª) 90.388,69.-€.*
Hay una divergencia de importes, que debe de ser clarificada”.

En este punto es interesante comprobar el PCAP en su apartado 2 :

“2.- Presupuesto base de licitación y precio del contrato. Revisión de precios.

El presupuesto base de licitación para tres años de prestación de servicio asciende a 299.223,45 €, con un IVA repercutido de 62.836,93 €, a razón de la siguiente distribución por anualidades:

<i>ANUALIDAD</i>	<i>Presupuesto base anual</i>	<i>IVA anual</i>
<i>1ª</i>	<i>89.508,07€</i>	<i>18.796.69€</i>
<i>2ª</i>	<i>89.508,07€</i>	<i>18.796,69€</i>
<i>3ª</i>	<i>120.207,32€</i>	<i>25.243,93€</i>

En la memoria económica se recoge la justificación de los incrementos de importe del servicio en la tercera anualidad, dirigida a incrementar los recursos humanos destinados al servicio con el objetivo de alcanzar los estándares de calidad adecuados a las necesidades del ámbito espacial a cubrir.

Por otro lado, en el expediente consta informe de justificación económica donde se desglosan en detalle los costes directos e indirectos, así como otros gastos calculados para la determinación del presupuesto base de licitación. Como resumen, se han considerado los siguientes costes:

Para el año 1:

CAPÍTULOS	COSTE
1. MEDIOS HUMANOS	
Personal de plantilla técnico y de administración	74.905,20 €
Cobertura de vacaciones	- €
Regularizaciones estimadas convenio 2021	1.498,10 €
Regularizaciones estimadas convenio 2022	1.528,07 €
2. VEHÍCULOS Y EQUIPOS DE APOYO	
Alquiler de maquinaria y vehículos	15.396,00 €
Medios auxiliares	2.880,82 €
3. VARIOS	
Varios	500 €
TOTAL EJECUCIÓN MATERIAL	78.431,37 €
G.G	7%
B.I.	6%
TOTAL EJECUCIÓN POR CONTRATA	88.627,44 €
IVA	21%
TOAL CON IVA	107.239,21 €

Para el año 2:

CAPÍTULOS	COSTE
1. MEDIOS HUMANOS	
Personal de plantilla técnico y de administración	74.905,20 €
Cobertura de vacaciones	- €

Regularizaciones estimadas convenio 2021	1.498,10 €
Regularizaciones estimadas convenio 2022	1.528,07 €
Regularizaciones estimadas convenio 2023	1.558,63 €
2. VEHÍCULOS Y EQUIPOS DE APOYO	
Alquiler de maquinaria y vehículos	15.396,00 €
Medios auxiliares	2.880,82 €
3. VARIOS	
Varios	500 €
TOTAL EJECUCIÓN MATERIAL	79.989,99 €
G.G	7%
B.I.	6%
TOTAL EJECUCIÓN POR CONTRATA	90.388,69 €
IVA	21%
TOAL CON IVA	109.370,32 €

Para el tercer año (y, en su caso, prórrogas):

CAPÍTULOS	COSTE
1. MEDIOS HUMANOS	
Personal de plantilla técnico y de administración	97.815,05 €
Cobertura de vacaciones	- €
Regularizaciones estimadas convenio 2021	1.956,30 €
Regularizaciones estimadas convenio 2022	1.995,43 €
Regularizaciones estimadas convenio 2023	2.035,340 €
Regularizaciones estimadas convenio 2024	2.076,04 €
2. VEHÍCULOS Y EQUIPOS DE APOYO	
Alquiler de maquinaria y vehículos	15.396,00 €
Medios auxiliares	2.880,82 €
3. VARIOS	
Varios	500 €
TOTAL EJECUCIÓN MATERIAL	106.378,16 €
G.G	7%
B.I.	6%
TOTAL EJECUCIÓN POR CONTRATA	120.207,32 €
IVA	21%
TOAL CON IVA	145.450,85 €

Efectivamente se comprueba que los costes de ejecución material de los años primero y segundo son distintas en el desglose e idénticas en el PBL. A esta realidad el órgano de contratación alega que: *“Por lo que respecta al primero de los motivos alegados, relativo a la existencia de una divergencia entre las cantidades recogidas como anualidades 1ª y 2ª del precio base de licitación (89.508,07 € más IVA, en ambos años) y la recogida en el desglose económico (88.627,44 €, para el primer año y 90.388,69 €, para el segundo), cabe indicar que no se trata de un error. Muy al contrario, dentro de la cláusula 2 del pliego se recoge, en primer lugar, el precio base de licitación del contrato con su desglose por anualidades -que coincide en las anualidades 1 y 2, y se incrementa en la anualidad 3, al incrementarse para dicho año los recursos humanos destinados al servicio-. Dichas cuantías son las que servirán de referencia para que los licitadores presenten sus ofertas económicas.*

Seguidamente, la cláusula 2 del PCAP, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 100.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), recoge el desglose de los costes directos e indirectos considerados para determinar el presupuesto base de licitación. En dicho desglose los costes del

segundo año se estiman un poco superiores a los del primer año únicamente porque se estima que pueda producirse una revisión del convenio colectivo aplicable. Más allá de ello, los medios del servicio son coincidentes. A partir de dicha consideración, se prorratean los importes de una y otra anualidad, y por ello, el presupuesto base de licitación se fija en la media de ambos, esto es $(88.627,44 + 90.388,69) / 2 = 89.508,07\text{€}$.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Por todo ello la claridad de los términos que recogen los pliegos de condiciones son elementos esenciales de la contratación. En este caso si bien es verdad que la contestación del órgano de contratación aleja cualquier duda sobre la viabilidad del PBL sobre el motivo concreto que se está tratando, no deja de ser extraña la opción adoptada por el órgano de contratación, sobre todo en base a lo evidente de la discordancia y la posibilidad de recurso sobre ello, tal y como aquí se está demostrando.

No obstante lo dicho la información suministrada y la desagregación en este extremos es conforme con los requisitos establecidos en el art. 100 de la LCSP, por lo que se desestima el recurso en base a este motivo.

Como segundo motivo de recurso ASEJA pone en evidencia la existencia de un error: *“Nos encontramos nuevamente con un error respecto al cálculo del importe por anualidades del contrato, existiendo el mismo error en los tres desgloses por anualidades.*

En efecto; el error se detecta en el cálculo de las anualidades del “TOTAL DE EJECUCIÓN MATERIAL”, el cual debería de ser el sumatorio de los puntos “1. MEDIOS HUMANOS”, “2. VEHÍCULOS Y EQUIPOS DE APOYO” y “3. VARIOS”. Pues bien, en todas las anualidades, sin embargo, faltaría por sumar el importe correspondiente al punto “2. VEHÍCULOS Y EQUIPOS DE APOYO”, por lo que el sumatorio sólo tiene en cuenta los puntos “1. MEDIOS HUMANOS” y “3. VARIOS”

En este caso el órgano de contratación admite la existencia del error y anuncia la modificación del PCAP en este extremo, por lo que el recurso pierde su objeto en este motivo.

Como tercer motivo de recurso ASEJA considera través del APARTADO 1 (PERSONAL), de la DISPOSICIÓN 4 (ORGANIZACIÓN Y OBLIGACIONES DE LA EMPRESA ADJUDICATARIA) del PPT, no se indica correctamente el porcentaje de jornada laboral de cada uno de los técnicos, tendiendo que ser a través de la memoria económica donde se obtenga esta información, además considera que en el PBL no se hace mención al coste del siguiente personal:

“Personal extra específico de asistencia técnica con dedicación parcial, entre los que se indica:

Titulado universitario en derecho en calidad de gabinete jurídico, Titulado universitario en ingeniero civil, ingeniero de caminos canales y puertos o arquitecto o grados equivalentes,

Titulado universitario en ingeniería civil o arquitecto o grados equivalentes y otro Titulado universitario en derecho en calidad de apoyo jurídico”.

Alega asimismo que: No obstante la exigencia anterior dispuesta en PLIEGOS (PPT), y como cabe observarse en el documento facilitado por el Órgano de Contratación “MEMORIA JUSTIFICATIVA” (“Justificación del precio de licitación del contrato”), los datos considerados al objeto de calcular los costes del personal a intervenir en el contrato son los siguiente:

- 1) Responsable técnico, Ingeniero técnico o superior, con dedicación parcial del 10%.*
- 2) Ingeniero superior/ técnico especialista en jardinería, inspección, con dedicación del 100%.*
- 3) Inspector, Ingeniero superior/ técnico especialista en jardinería, inspección y control de calidad con dedicación al 50% el primer y segundo año, y 100% dedicación a partir del tercer año.*
- 4) Inspector, Ingeniero superior/ técnico especialista en jardinería, inspección y control de calidad, con dedicación del 0%.*
- 5) Administrativo, con dedicación del 5%. Quiere decirse con esto, que no se han considerado varios puestos del personal que se indican en el PPT como necesarios para prestar y cumplir el servicio (por ejemplo, el responsable de la Empresa, el Personal específico de Inspección, o el Personal Extra, ni el Administrativo); y que el coste de ello lo habrá de asumir la empresa adjudicataria sin que el mismo haya sido valorado a través de la “MEMORIA JUSTIFICATIVA” y trasladado ello a PLIEGOS”.*

A este respecto el órgano de contratación considera que: “en cuanto al hecho de que la memoria económica no contemple un desglose de todos los conceptos de personal contemplados en la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas, sostenemos que ha de correr la misma suerte desestimatoria que los anteriores motivos de recurso.

En efecto, la memoria económica sí desglosa explícitamente los costes del personal de plantilla, esto es, el personal que va a intervenir de forma intensiva en el contrato. No se especifica, sin embargo, la posible intervención de personal extra, que

únicamente tendría que intervenir de manera muy puntual en la prestación del servicio, en caso de ser necesario. Se trata éste de un personal de tipo técnico, especialista en área jurídica e ingeniería civil del que simplemente tendría que disponer la empresa para el caso de ser requerido para una asistencia puntual, pero que no se considera adscrito de forma constante al servicio. Por ello, el eventual coste de este personal extra, que supondría un porcentaje mínimo en el coste total, se ha considerado dentro de los gastos generales de la propia empresa”.

Este Tribunal ha venido manteniendo el criterio de la imposibilidad de integrar en el concepto de gastos generales del contrato, gastos propios de personal que recaigan en la prestación del servicio. De esta forma el coste del denominado personal extra específico, deberá formar parte de los costes de personal, en partida independiente al resto de los técnicos adscrito y calculado, bien a tanto alzado o bien por el número máximo de intervenciones.

Debemos señalar asimismo que el porcentaje de dedicación de cada uno de los técnicos que intervendrán en la prestación del servicio, es un dato esencial tanto para la determinación del precio, como para la ejecución del contrato, de tal forma que su importancia le hace merecedor de constar en los pliegos de condiciones, que serán como ya hemos mencionado la ley del contrato y no en una memoria justificativa, que si bien es un documento necesario y preceptivo en la formación del expediente de contratación, no será tenido en cuenta como *lex contractus*.

En base a todo ello, estimamos el recurso en cuanto a este tercer motivo siendo necesaria la modificación de los pliegos de condiciones en base a integrar el porcentaje de jornada que se requerirá a cada uno de los técnicos adscritos al contrato y en relación a la cuantificación y consideración como gasto directo del personal extra tal y como se define en el PCAP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación de empresas de gestión de infraestructura verde (ASEJA) contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “SERVICIO DE ASISTENCIA TÉCNICA INTEGRAL DE APOYO A LA INSPECCIÓN Y CONTROL DE CALIDAD DEL SERVICIO MUNICIPAL DE PARQUES Y JARDINES” promovido por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, número de expediente 02.07.01.2021/17SS_REYES, modificando los pliegos de condiciones en los términos expuestos en el fundamento quinto de derecho de esta 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 de la LCSP.