

Recursos nºs 151-157-166 y 181/2021

Resolución nº 210/2021

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

En Madrid, a 13 de mayo de 2021

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Comisiones Obreras Sección Construcciones y Servicios de Madrid (en adelante, CCOO), Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (en adelante, FSP), Confederación General de Trabajadores Sector limpiezas, mantenimiento y medio ambiente (en adelante, CGT) y Central Sindical Independiente y de Funcionarios (en adelante, CSIF) contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de servicios “Conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes y el arbolado viario de la Ciudad de Madrid” número de expediente 300/2020/00480, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 26 de marzo de 2021 en el DOUE y en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de

criterios de adjudicación y dividido en 6 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 475.121.013,08 euros y su plazo de duración será de 4 años.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el apartado 31 del pliego de cláusulas administrativas particulares:

“(...) La empresa contratista está obligada a cumplir durante todo el periodo de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación, si bien en todo caso, el adjudicatario estará obligado a cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación (...)”.

Tercero.- El 9 de abril de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CCOO en el que solicita la anulación de los pliegos de condiciones por haber desconocido el vigente convenio colectivo aplicable a la hora de elaborar el presupuesto de licitación, afectando este hecho a los derechos laborales de los trabajadores.

Con igual finalidad y motivación tuvieron entrada en este Tribunal los recursos formulados por las representaciones legales de FSP el 14 de abril, CGT, el 19 de abril y CSIF en la misma fecha.

El 15 de abril de 2021 el órgano de contratación remitió 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 (en adelante, LCSP), en referencia al recurso 151/2021.

Con fechas 19 de abril, 22 de abril y 4 de mayo, envía los correspondientes informes relativos a los recursos 157/2021, 166/2021 y 181/2021.

Cuarto .- Solicitada la medida cautelar de suspensión del procedimiento por CCOO, este Tribunal la denegó mediante Acuerdo de fecha 22 de abril por ser innecesaria al considerar que antes del 19 de mayo, fecha de apertura de los archivos que contienen los criterios de adjudicación se habrá dictado resolución sobre los recursos planteados.

Quinto.- 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de CCOO, por versar su recurso contra cuestiones relacionadas directa e incuestionablemente con la defensa de los intereses corporativos de los trabajadores afectados por el contrato impugnado.

El artículo 48 de la LCSP al regular la legitimación en el recurso especial establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales*

o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”.

Asimismo, el artículo 24.1 del RPERMC recoge en relación a los casos especiales de legitimación que los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.

También se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Por el contrario no se acredita la legitimación de FSP, CGT y CSIF al no haber subsanado los defectos de acreditación de su legitimación y apoderamiento en plazo y forma, por lo que procede inadmitir dichos recursos.

Tercero.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Asimismo, el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación,*

tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de las mismas.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado y los pliegos de condiciones puestos a disposición de los licitadores el 25 de marzo de 2021, e interpuestos los recursos, los días 9 y 19 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Especial mención hay que efectuar en cuanto a la presentación del REMC por parte de CSIF. Este sindicato, presento su recurso en el registro general del Ayuntamiento de Madrid, dirigido a este Tribunal, no procediendo a informar de manera inmediata tal y como exige el art. 51.3 de la LCSP de su interposición. Este Tribunal recibe el escrito el 28 de abril, transcurrido sobradamente el plazo de 15 días hábiles desde la publicación de los pliegos de condiciones recurridos, por lo que se considera que el recurso es extemporáneo, aunque ya se ha inadmitido por falta de subsanación de la representación y legitimación del sindicato.

Quinto.- Los recursos se interponen contra el anuncio de licitación y 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.

Sexto.- En cuanto al fondo del recurso que se centra en la correcta determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores que serán subrogados por el nuevo adjudicatario así como a los nuevos empleados que pasen a incrementar la plantilla.

El recurrente consideran que el convenio aplicable es el “Convenio Colectivo de los servicios de limpieza conservación y mantenimiento de jardines, zonas e infraestructuras verdes del Ayuntamiento de Madrid” (en adelante, convenio de empresas) presentado ante la autoridad laboral de Madrid e inscrito el 9 de abril de 2021 con validez desde el 1 de enero de 2021 a 31 de diciembre de 2025, en lugar del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2017-2020, que ha sido el utilizado por el órgano de contratación tanto para la elaboración del presupuesto base de licitación como para su referencia en el PCAP en cumplimiento de lo establecido en el art. 100.2 de la LCSP.

Es por ello que solicita la nulidad de los pliegos para que se proceda a calcular los costes laborales, masivos en este contrato y en todos sus lotes y a determinar cómo vigente el convenio mencionado que se prolongará durante toda la vida del contrato que se pretende adjudicar. Incidiendo asimismo, que el convenio colectivo de jardinería ya ha alcanzado su vigencia que se extendía hasta el 31 de diciembre de 2020.

Se ha de destacar que ninguno de los Sindicatos aporta en sus recursos, diferencias cuantitativas entre los costes directos por mano de obra que componen el presupuesto base de licitación, calculados con el Convenio Estatal de Jardinería y lo que supondría estos mismos costes calculados con el Convenio Colectivo de los servicios de limpieza conservación y mantenimiento de jardines, zonas e infraestructuras verdes del Ayuntamiento de Madrid.

Por su parte, el órgano de contratación defiende como correctamente aplicable el convenio colectivo estatal de jardinería y por tanto bajo el que deben calcularse los costes laborales del contrato, todo ello en aplicación del artículo 100.2 de la LCSP.

El Ayuntamiento de Madrid, considera que el referido convenio colectivo de empresas no está aún vigente, por no haberse publicado ni estaba inscrito al momento de publicación de los pliegos de condiciones y menos a la hora de calcular el presupuesto base de licitación. Añade que el convenio de jardinería sigue estando vigente en base a la ultraactividad que poseen estos instrumentos jurídicos durante dos años, desde que se alcanza su termino de vigencia.

Para mayor abundamiento manifiesta que el convenio colectivo de empresas considera como supletorio el “extinto” convenio de jardinería 2017-2020, por lo que implícitamente reconoce su validez y eficacia.

La consideración de que convenio es aplicable en cada momento de la vida de un contrato tiene dos vertientes prácticas y muy determinadas, en primer lugar el correcto cálculo del presupuesto base de licitación y en segundo lugar la obligatoriedad para el contratista de asumir un nuevo convenio colectivo durante la vigencia del contrato.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos, este Tribunal considera que el artículo 100.2 de la LCSP es claro al respecto al indicar que el PBL será adecuado al precio de mercado. Por ello al efectuar los cálculos de los costes y especialmente los costes de personal, deberá tenerse en cuenta las posibles actualizaciones de las masas salariales ya sean producidas por la aplicación de un convenio colectivo en vigor o en estado de ultraactividad.

CCOO hace un cálculo pormenorizado del porcentaje correspondiente a los gastos de mano de obra lote a lote lo que les lleva a una media del 73,32% del total

del precio. Considerando que el volumen es suficientemente amplio como para que la consideración de las tablas salariales y otras remuneraciones que se establecen en el convenio de empresas sean tenidas en cuenta a la hora de calcular dicho presupuesto base de licitación, todo ello en base a los artículos 102.3 y 309 de la LCSP.

Considera asimismo su eficacia *erga omnes*, el propio texto del así lo reconoce en su art. 1, donde expresa: *“El presente convenio tiene naturaleza normativa erga omnes, que le viene dada por lo dispuesto en el Título III del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores”*.

Debemos destacar dos actuaciones recogidas en su texto esenciales para resolver el presente recurso: la primera el mandato de su publicación, si bien no se ha llevado aun a efecto y en segundo lugar la comunicación inmediata al Ayuntamiento de Madrid, para que con este texto procedan a la determinación correcta del presupuesto base de licitación del contrato que nos afecta y su consideración como el aplicable, todo ello en cumplimiento de los artículos 100 y 102 de la LCSP. Constando en el expediente una carta remitida al órgano de contratación por CCOO donde cinco días después de publicado el anuncio de licitación y puestos los pliegos de condiciones a disposición de los licitadores, comunica de forma fehaciente la existencia del convenio de empresas, pretendiendo su vigencia

Vista la posición del recurrente, analizamos la postura del órgano de contratación el cual manifiesta: *“en el escrito de recurso no se justifica cuantitativamente que el precio de licitación esté por debajo del de mercado y se alude, aquí y en multitud de ocasiones a lo largo del mismo, a que los costes de personal representan el 73,32% del precio de licitación. Este dato ofrecido por la parte actora es erróneo, ya sea por desconocimiento o por interés.*

Para una mayor claridad expositiva, se detallan a continuación los criterios plasmados en el pliego. A este respecto, el cálculo de los costes de personal se ha realizado en dos fases:

1. *Cálculo de la plantilla necesaria. Para ello inicialmente se ha realizado la operación del cálculo de la carga de trabajo para cada una de las tipologías definidas en el Pliego, de lo que se ha obtenido las necesidades de plantilla operativa. A esta plantilla se le ha añadido los medios comunes necesarios para la ejecución del servicio solicitado, así como el personal necesario para reforzar los sábados, domingos y festivos. Se ha considerado la jornada laboral según el Convenio Colectivo 2017 – 2020.*

2. *Cálculo del coste asociado a la plantilla. Para ello, se ha dividido el personal considerado en dos bloques:*

a) *Personal a subrogar. El coste de este personal viene determinado por los listados de subrogación entregados por las empresas que actualmente prestan el servicio, en los que se dispone de toda la información necesaria para conocer las antigüedades de las actuales plantillas. En esos listados, se dispone del coste empresa actual de cada uno de los trabajadores, incluyendo pluses y salarios pactados.*

b) *Personal de nueva incorporación (adicional al personal a subrogar). La incorporación de personal adicional, por ser de nueva contratación, se contempla sin antigüedad. En todos los casos, se han tenido en cuenta, además, los costes de vestuario y uniformidad por trabajador, así como los costes de los equipos de protección precisos, material auxiliar, útiles y herramientas. Todo este personal se refiere a puestos de trabajo cuyo coste se complementa con los porcentajes correspondientes de sustitución de vacaciones (8%) y absentismo (2,8%).*

En consecuencia, se han considerado todos los costes en los que se incurre para reemplazar al personal que se ausenta tanto por conceptos incluidos en el Convenio Colectivo (disfrute de días de vacaciones, licencias y permisos y ausencias debidas a bajas por accidente de trabajo, enfermedad, u hospitalización) así como otras ausencias no contempladas en él y que puedan dar lugar a la necesaria sustitución de los trabajadores en su puesto de trabajo sin merma en la continuidad de la prestación del servicio. (...).

Es decir, que el porcentaje que representa la masa salarial respecto del

presupuesto base de licitación no es el 73,32% indicado en el recurso, sino el 78,23%, porcentaje que significa la media de los seis lotes, comparando la totalidad de los costes del contrato frente al coste de personal.

Por lo tanto, el presupuesto cubre las necesidades, ya que contempla los costes salariales estimados a la fecha de cálculo del presupuesto, más un porcentaje de actualización que permitiría cubrir un eventual incremento de la masa salarial que se derivase de un futuro acuerdo de empresas o convenio colectivo, siempre dentro del Presupuesto Base de Licitación anual del nuevo contrato que podría alcanzar un máximo de 118 millones de euros, límite que fue confirmado el 27 de octubre de 2020”.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal considera que los recursos presentados tanto por CCOO e incluso los presentados por UGT, CGT y CSIF ya inadmitidos, no están correctamente fundamentados en este punto, toda vez que no ofrecen las cifras necesarias como para determinar si el presupuesto base de licitación está correctamente formulado en base al convenio colectivo que pretenden vigente. La aportación de dichos datos es básica, pues en el caso de que la diferencia sea nimia podrá ser admitida y asumible por las empresas licitadoras, mientras que si la diferencia es considerable, deberá producir un cambio en el presupuesto y con ello en los pliegos.

La ausencia de cuantificación y sobre todo la ausencia de recurso por parte de cualquiera de las empresas firmantes del convenio de empresas o bien de ASEJA también firmante de dicho acuerdo, nos llevan a presumir como correcto y suficiente el presupuesto del contrato.

A ello debemos de unir el dato de que este Tribunal está conociendo el recurso 150/2021 interpuesto por CCOO sobre el contrato de “Limpieza viaria de la Ciudad de Madrid”, el cual guarda gran similitud con el que nos ocupa, al ser los motivos de recurso los mismo que plantea la recurrente en el presente, incluyendo la firma de un convenio de empresas que sustituirá el actual convenio colectivo estatal vigente.

En dicho recurso con un valor estimado de más de 1.500 millones de euros, el órgano de contratación si cuantifica la diferencia entre la aplicación de un convenio u otro que supone 53.000 euros anuales, es decir 218.000 euros durante todo el plazo de vigencia o lo que es lo mismo el 0,00001362% del PBL.

Ante la falta de motivación de la pretensión del recurrente que justifique fehacientemente la insuficiencia del PBL y ante la constatación de la inclusión de parámetros de actualización de salarios en la formulación de los costes directos del PBL se desestima la pretendida nulidad de los apartados E y F del anexo I al PCAP del contrato que nos ocupa.

Como segunda parte del primer motivo de recurso nos encontramos ante la denuncia del sindicato recurrente sobre la correcta determinación del convenio colectivo aplicable al personal que prestará el servicio objeto de esta contratación.

Los convenios colectivos son considerados normas jurídicas y como tales para que alcancen su vigencia es indispensable su publicación en el Boletín Oficial correspondiente. La falta de este elemento hace que dicho convenio carezca de vigencia y por ende de eficacia.

Es innegable que al día de hoy sigue sin ser publicado el convenio de empresas suscrito y depositado ante la autoridad laboral, por lo que los pliegos de condiciones ni el anuncio de licitación pueden considerar como convenio aplicable aquel que todavía no está vigente.

Esto no significa ni quiere decir que una vez vigente dicho convenio no sea aplicable a las partes, hayan sido firmantes de él o no. La doctrina es clara y unánime al considerar que la variación del convenio colectivo del personal que presta el servicio del contrato es un hecho encuadrable en el riesgo y ventura que toda contratación

conlleva y que es admitida por los licitadores con su sola presentación de ofertas.

En estos términos se han pronunciado diversas Juntas Consultivas de Contratación y en diferentes ocasiones, valga por todas ellas la Recomendación 32 de 10 de diciembre de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado que recomienda en conclusiones después de analizar pormenorizadamente las consecuencias de que se apruebe un convenio colectivo diferente del inicialmente considerado durante la vigencia del contrato: *“La modificación de los costes laborales derivados de la firma de un nuevo convenio colectivo aplicable a un contratista es un riesgo propio del contrato público de servicios que no justifica la modificación del contrato.*

Como consecuencia de lo anterior, no se considera necesario que los órganos de contratación adopten medida alguna ante esta circunstancia”.

No obstante lo dicho, la validez y eficacia de este convenio colectivo de empresa con vigencia 2021 a 2025 deberá determinarse en sede judicial laboral no correspondiendo ni al órgano de contratación ni a este Tribunal efectuar dicha interpretación.

Por todo ello se desestima el motivo de recurso planteado por CCOO sobre la determinación del convenio colectivo vigente y la insuficiencia del presupuesto base de licitación.

En segundo lugar, CCOO impugna el PCAP en cuanto a la puntuación otorgada al criterio de adjudicación sobre el precio. No siendo esta materia para la que esté legitimado un sindicato, al no recaer directamente en la defensa de los derechos laborales de los trabajadores, se inadmite este motivo de recurso.

En tercer lugar, CCOO, pretende extender la figura de la sucesión de empresas reconocida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a esta licitación.

A esta pretensión, el órgano de contratación recuerda al recurrente que en el contrato que nos ocupa existe subrogación del personal por así contemplarlo el convenio colectivo estatal de jardinería 2017-2020, por lo que no es necesario ni conveniente recurrir a otras figuras de sucesión de trabajadores entre empresas.

Visto el contenido del motivo del recurso y la realidad manifestada por el órgano de contratación este Tribunal desestima el recurso en base a este motivo.

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.- Acumular los recursos presentados por las representaciones legales de Comisiones Obreras Sección Construcciones y Servicios de Madrid, Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores, Confederación General de Trabajadores Sector limpiezas, mantenimiento y medio ambiente y Central Sindical Independiente y de Funcionarios contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de servicios “Conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes y el arbolado viario de la Ciudad de Madrid” número de expediente 300/2020/00480.

Segundo.- Inadmitir los recursos especiales en materia de contratación presentados por la representación legal de la Federación de Servicios Públicos UGT, por la Confederación Nacional de Trabajadores Sector limpiezas, mantenimiento y medio ambiente y la representación legal de la Central Sindical Independiente y de

Funcionarios por al no haber subsanado en plazo las deficiencias observadas en su recurso en cuanto a la acreditación de legitimación de la sección sindical recurrente. A lo que se une la extemporaneidad del recurso interpuesto por la representación legal de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios.

Tercero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CCOO Sección Construcciones y Servicios de Madrid contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de servicios “Conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes y el arbolado viario de la Ciudad de Madrid” número de expediente 300/2020/00480.

Cuarto.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Quinto.- 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.