

Recursos nº 199 Y 204/2019

Resolución nº 122/2019

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

En Madrid, a 28 de marzo de 2019.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don M.D.R. en representación de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y don F.B.C. en nombre y representación de la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y del Medio Ambiente (ASERPYMA), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios “Gestión y conservación del parque regional de la cuenca alta del Manzanares y la limpieza de áreas recreativas de la comarca forestal VIII años 2019-2012” tramitado por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, número de expediente A/SER-018315/2018 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en la Plataforma de Contratación de la Comunidad de Madrid de fecha, 23 de enero de 2019 y en el BOCM de fecha, 28 de

enero de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 4.930.807,35 euros y su plazo de ejecución será de 24 meses.

Esta licitación se publica previamente en el DOUE el 3 de octubre de 2018.

Interesa conocer a efectos de la resolución de este recurso los siguientes apartados de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

“4.- Presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara.

Tipo de presupuesto: Cuantía determinada.

Presupuesto.

Costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación:

Costes directos: 2.783.443,01 euros.

Costes indirectos:

TRABAJOS DE LIMPIEZA

Base imponible: 524.011,01 euros Importe del I.VA. (10%): 52.401,10 euros.

Importe total: 576.412,11 euros.

TRABAJOS DE CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO

Base imponible: 1.823.992,48 euros Importe del I.VA. (21%): 383.038,42 euros.

Importe total: 2.207.030,90 euros.

Base imponible total (LIMPIEZA Y CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO)

2.348.003,49 euros Importe del I.V.A.: 435.439,52 euros.

Importe total: 2.783.443,01 euros.

7. - Solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

(...) Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales: Sí

De conformidad con lo establecido en el artículo 76.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los licitadores deberán presentar declaración responsable conforme al anexo X en la que se haga constar el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los siguientes medios personales, que tendrán el carácter de obligación esencial:

La empresa adjudicataria deberá adscribir al Servicio el personal técnico que se indica a continuación:

- Un Técnico titulado superior o medio especialista en Prevención de Riesgos Laborales, detección de riesgos, aplicación de medidas correctoras y evaluación de resultados obtenidos.*
- Un Técnico titulado superior o medio en rama agronómica o forestal, ciencias ambientales o biología, como Jefe del Servicio por parte de la empresa, y con capacidad de representarla en todo lo relativo a la ejecución del mismo.*

19.- Condiciones especiales de ejecución del contrato:

Se establece como condición especial de ejecución del contrato el cumplimiento del Convenio Estatal de Jardinería vigente y aquellas otras mejoras adquiridas con el tiempo y consolidadas por dicho personal. Esta condición da cumplimiento al artículo 202 de la LCSP al tratarse de una condición especial de carácter social citada en el apartado 2 'cumplimiento de los convenios sectoriales y territoriales aplicables'.

La elección del Convenio de Jardinería se debe a que es el que mejor se adapta a las características de la mayoría de los trabajos que se realizan en el contrato de gestión y mantenimiento (limpieza y mantenimiento en zonas del medio natural, trabajos relacionados con la flora y fauna, etc.).

Esta condición especial de ejecución se encuadra dentro de los objetivos que figuran en el art. 202 de la LCSP. Dicho requisito no se considera discriminatorio directa ni indirectamente y resulta compatible con el derecho comunitario.

El incumplimiento de esta condición especial se considera obligación esencial del contrato, siendo causa de resolución del contrato de acuerdo con el artículo 211 de la LCSP, y conforme con lo dispuesto en el Acuerdo de 3 de mayo de 2018, del

Consejo de Gobierno, por el que se establece la reserva de contratos públicos a favor de ciertas entidades de la economía social y se impulsa la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública de la Comunidad de Madrid.”

Segundo.- Con fecha, 23 de enero de 2019, se ponen los pliegos que regirán esta contratación a disposición de los interesados en el portal de contratación de la Comunidad de Madrid.

Durante el plazo de presentación de ofertas, surgen diversas cuestiones entre los licitadores que precisan de aclaración por parte del órgano de contratación. Entre ellas se encuentra la efectuada por Aserpyma el 8 de febrero de 2019 sobre el convenio que ha de aplicarse a los trabajadores adscritos a este contrato.

Como consecuencia de las aclaraciones solicitadas, el órgano de contratación suspende la licitación con el fin de rectificar el Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), mediante resolución de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid de fecha, 5 de febrero de 2019.

Con fecha, 4 de marzo de 2019, se publica el nuevo PCAP que ha sido rectificado en el apartado de criterios de valoración, concretamente en referencia a los criterios medioambientales.

El plazo de recepción de ofertas concluye el día 19 de marzo de 2019, presentando 7 empresas sus propuestas.

Tercero.- El 18 de marzo de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Asemfo, en el que

solicita la anulación de los PCAP por disconformidad con el apartado 19 del PCAP en el que se establece que a los trabajadores adscritos a este contrato les será de aplicación el convenio colectivo de jardinería y con el apartado 4 donde se establece el presupuesto base de licitación por no estar descrito conforme establece el artículo 100 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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) y no comprender la totalidad de medios de adscripción obligatoria.

El 19 de marzo de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Aserpyma en el que solicita la anulación de los PCAP por los mismos motivos de Asemfo.

El 22 de marzo de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, donde considera que el PCAP recoge correctamente el convenio colectivo a aplicar a los trabajadores adscritos al contrato ya que es el que está siendo aplicado a estos que además son personal de obligada subrogación por el nuevo adjudicatario, asimismo manifiestan que el presupuesto base de licitación contempla todos los gastos, si bien el beneficio industrial y gastos generales solo se individualiza en el caso de los gastos de personal, por último en cuanto a los medios personales que han de adscribirse al contrato y no figuran en el presupuesto, mantiene que son parte de los gastos generales de la empresa, toda vez que debe ser personal de esta puesto a disposición del contrato.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por decisión del órgano de contratación.

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 46.1 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 personas legitimadas para ello, al tratarse de dos asociaciones empresariales *“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).

Según el artículo 1 de sus Estatutos, la Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) *“es una Asociación voluntaria de Empresas privadas, cuyas actividades, dentro del medio natural, son tanto la creación como la conservación de zonas forestales y tengan capacidad técnica acreditada. Realizan los proyectos, obras y servicios para la conservación y protección del medio natural.”*

En el presente caso Asemfo representa los intereses colectivos del sector de forestal, y además va a licitar al contrato por lo que se considera legitimada para interponer el recurso especial.

Según el artículo 4 de sus Estatutos, la Asociación de Empresas

Restauradoras del Paisaje y del Medio Ambiente (Aserpyma): *“El ámbito de actuación de la Asociación se podrá extender sin limitación alguna a todas las actividades empresariales o profesionales relacionadas con la planificación, ejecución, adecuación y conservación, de obras de corrección paisajística del impacto ambiental producido por las intervenciones humanas. Abarcará a todo el territorio nacional.”*

En el presente caso Aserpyma, representa los intereses colectivos del sector de forestal.

Asimismo se acredita en ambos recursos la representación de los firmantes.

Tercero.- Según con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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.

Igualmente, 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, prevé la posibilidad de acordar 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.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados se aprecia identidad en el asunto, su fundamentación y *petitum*, se trata del mismo expediente de contratación, hay identidad en los interesados y la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría al otro, por lo que procede acordar la acumulación de la

tramitación de los dos recursos para resolverlos en un solo procedimiento y por medio de una sola resolución.

Cuarto.- Especial examen merece el plazo de interposición del recurso, pues si bien el PCAP y el Pliego de Prescripciones Técnicas se pusieron a disposición de los licitadores el 23 de enero de 2019, con fecha, 5 de febrero de 2019, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio dicta resolución por la que acuerda: *“Suspender el procedimiento de licitación del contrato de servicios titulado GESTIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PARQUE REGIONAL DE LA CUENCA ALTA DEL MANZANARES Y LA LIMPIEZA DE ÁREAS RECREATIVAS DE LA COMARCA FORESTAL VIII, así como el plazo para la presentación de proposiciones, que finalizaba el día 5 de febrero de 2019, para resolver las consultas en relación con la interpretación de determinados aspectos contenidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”*. Siendo el 4 de marzo cuando se publica el nuevo PCAP y por tanto considerándose ese día como *dies a quo*, por lo que habiéndose interpuesto recursos especiales de contratación por las actoras en fechas, 18 y 19 de marzo, ambos se encuentran presentados ante este Tribunal dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se solicita por la recurrente la nulidad de los Pliegos por dos motivos.

En primer lugar, porque la cláusula 1.4 del PCAP en la que se establece el presupuesto de licitación y el valor estimado del contrato, no contemplan todos los costes necesarios a los que obliga el artículo 101.2 de la LCSP, ni los gastos generales de estructura ni el beneficio industrial que prevé el artículo 100.3 de la LCSP, siendo el presupuesto insuficiente para cumplir todas las obligaciones del contrato.

En segundo lugar por considerarse una condición especial de ejecución de conformidad con el artículo 202 de la LCSP la aplicación del convenio colectivo sectorial de jardinería cuando el que corresponde por el objeto del contrato es el convenio colectivo sectorial de actividades forestales.

Destacan los recurrentes en referencia al primer motivo de recurso que los PCAP exigen la adscripción de dos técnicos, uno de prevención de riesgos laborales y otro superior o medio en rana agrónoma o forestal cuyos costes salariales tampoco se encuentran recogidos en el presupuesto base de licitación.

Evidencian como el presupuesto recogido en la memoria económica contempla un apartado de partidas alzadas, de las que no se aclara como se va a proceder a su abono.

Consideran que la falta de presupuestación correcta de todos los costes genera una clara inseguridad jurídica a los potenciales licitadores.

Alegan ambas asociaciones en la defensa de sus posiciones la Resolución 42/2018, de 31 de enero del Tribunal Central de Recursos Contractuales y la Recomendación 2/1997, de 6 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

El órgano de contratación reconoce que ha considerado como gasto directo todo el coste del contrato, en el que incluye tanto el beneficio industrial como los gastos generales de la empresa.

En cuanto a la adscripción de dos técnicos considera que no se trata de nuevo personal adscrito al convenio, sino que serán empleados de la empresa

adjudicataria que adscriba a la ejecución de tareas propias de este contrato pero desde dicha empresas, sin pasar a formar parte de la propia ejecución que se licita, por lo cual el coste de sus retribuciones deberá de integrarse en los gastos generales de la empresa y desde esa situación son retribuidos con el precio del contrato.

Por lo que se refiere a las partidas a tanto alzado manifiesta *“que se trata de una partida que alcanza aquellos gastos que siendo probables no se pueden determinar a priori si serán necesarios y/o en que cantidad”*.

Asimismo indica que en el expediente constan las bases de precios para la realización de mediciones y presupuesto lo que es una referencia cierta a la hora de facturar los gastos por estos conceptos.

En relación con el segundo motivo el órgano de contratación se opone a su estimación toda vez que existiendo en el contrato en vigor personal con derecho a subrogación al que le es de aplicación el Convenio de Jardinería, se ha de observar lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LCSP.

De acuerdo con el artículo 100.3 de la LCSP en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto, respecto del que se establece que *“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”*. En el caso de los contratos con importante presencia de personal, dicho precio viene marcado por el coste salarial pactado en Convenio Colectivo, de ahí que el artículo 100.2 señale respecto del presupuesto base de licitación *“(…) En los contratos en que el coste de los*

salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

En primer lugar, el Tribunal comprueba que en el expediente figura una memoria justificativa de los precios aplicados en el pliego del expediente de contratación del servicio denominado mejora y conservación de los montes de la sección de gestión forestal de la comarca VIII de la Comunidad de Madrid, 2019-2020, en la que se explican los partidas correspondientes a mano de obra conforme los precios del contrato anterior, marcados por el Convenio de Jardinería, sin contemplar la estimación de ninguna otra partida.

Se ha de recordar al órgano de contratación que, sin perjuicio de que por tratarse de un contrato de servicios no aplique directamente lo dispuesto para las obras en el artículo 131 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, en relación al Presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación, por el que se establece un porcentaje mínimo y máximo (del 13 al 17 por 100) en concepto de gastos generales de la empresa y un beneficio Industrial del contratista del 6%, sí se rige por lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP que obliga a desglosar en el PCAP el presupuesto base de licitación, indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos, por lo que además de los gastos de personal se deben indicar costes indirectos, como igualmente prevé el artículo 101.2 respecto al cálculo del valor estimado al decir que *“deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”*.

En relación a la adscripción de dos técnicos al contrato y considerada como forma de acreditación de la solvencia técnica se ha de manifestar que el coste de estos dos profesionales deberá estar recogido en el presupuesto base de licitación como coste directo al tratarse de gastos de personal, toda vez que se trata de un gasto obligatorio y que no se encuentra entre aquellos que se consideran como propios del concepto de gastos generales, independientemente que realicen la totalidad de su jornada laboral a este contrato o bien lo compatibilicen con otras funciones.

Por todo ello se estima el recurso en base a este motivo.

En cuanto al segundo motivo del recurso, el objeto del contrato definido en el apartado 1 de la cláusula 1 del PCAP establece: *“El objeto consiste en la conservación y gestión de los espacios naturales protegidos y las áreas recreativas de la comarca forestal VIII, y comprende entre otras la limpieza de áreas recreativas y otras zonas del ámbito territorial del contrato; la recogida y tratamiento de residuos, el uso público del parque y los vertidos realizados en el mismo; trabajos inherentes a la conservación de los espacios tales como reposición y colocación de señalización; mantenimiento de observatorios de avifauna, mejora de hábitats para fauna protegida, la vigilancia ambiental de la zona, y otras tareas de investigación y conservación de los valores naturales de la comarca... y otras de acuerdo con lo que se especifica el apartado cuarto del pliego de prescripciones técnicas particulares”.*

Por tanto tal como ya se señaló por este Tribunal en su Resolución número 13/2019, de 6 de febrero: *“en este caso, visto el objeto del contrato recogido en los pliegos resulta evidente que el convenio más acorde a su objeto es el específico del sector forestal. Por lo que los costes se deben estimar en función de las necesidades de personal definidas y las tablas salariales del Convenio más acorde al objeto del contrato, en este caso, el forestal. Sin perjuicio de que en el anterior*

contrato la empresa adjudicataria estuviera vinculada por el convenio de jardinería, lo que solo obliga al órgano de contratación a informar del personal subrogable en virtud de aquel y de sus costes, a fin de que la nueva adjudicataria sepa a qué se obliga con la subrogación y le permita efectuar una exacta evaluación de los costes laborales del contrato”.

Así el artículo 130.1 de la LCSP dispone *“Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.*

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”.

Por todo ello el recurso debe estimarse también por este motivo, anulándose el Pliego y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades

aprobando nuevos Pliegos en los que se determine el presupuesto de acuerdo con lo establecido en los artículos 100 y 116.4 de la LCSP.

Se ha de recomendar al órgano de contratación la adopción del criterio expuesto por el Tribunal en relación con la determinación de los presupuestos de licitación y el convenio colectivo de aplicación al personal adscrito a estos contratos, en la citada Resolución 13/2019 de 6 de febrero, en futuras contrataciones similares, todo ello con el fin de evitar posibles recurso que comportan retrasos en la licitación.

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 don M.D.R. en representación de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) y don F.B.C. en nombre y representación de la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y del Medio Ambiente (Aserpyma), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios *“Gestión y conservación del parque regional de la cuenca alta del Manzanares y la limpieza de áreas recreativas de la comarca forestal VIII años 2019-2012”* número de expediente A/SER-018315/2018, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, anulando la cláusula 1.4 y 1.19 del PCAP y subsiguientes del PPT y por consecuencia los Pliegos y el procedimiento de licitación, que deberá reiniciarse si

persisten las necesidades, elaborando un nuevo Pliego de acuerdo a las consideraciones expuestas en 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 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.