



Recurso nº 982/2015 C.A. Galicia 136/2015

Resolución nº 963/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 19 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. J. S. H., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), contra los pliegos que rigen la contratación del “Servicio de mantenimiento de la jardinería interior y exterior de los edificios administrativos de la Xunta de Galicia”, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia convocó a pública licitación, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de Galicia el 17 de agosto de 2015, el procedimiento abierto para la adjudicación del “servicio de mantenimiento de la jardinería interior y exterior de los edificios administrativos de la Xunta de Galicia”, con un valor estimado de 1.856.528,94 euros. El plazo de presentación de ofertas vencía el 1 de septiembre de 2015, siendo así que en su transcurso únicamente se recibió la presentada por la UTE SIFU S.L- BROCOLÍ S.L.

Segundo. Con fecha 3 de septiembre de 2015 la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA) presentó recurso especial en materia de contratación



contra los pliegos que rigen la licitación, alegando, en esencia, que el presupuesto base de licitación ni tan siquiera cubriría los costes laborales del personal a subrogar.

Tercero. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó con fecha 1 de octubre de 2015 la suspensión del expediente de contratación solicitada como medida cautelar en el recurso.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al único licitador que había concurrido a la convocatoria para que formulara las alegaciones que estimara oportunas en el plazo de cinco días hábiles, sin que haya evacuado el trámite así conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia, que fue publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, al amparo de 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 (en lo sucesivo, TRLCSP), según el cual *“podrá interponer el correspondiente 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.”* En efecto, la recurrente es una asociación representativa de intereses colectivos de las empresas españolas dedicadas al sector de jardinería, por lo que parece claro que le es dable, en defensa del interés colectivo del sector, impugnar un pliego de cláusulas administrativas que rige la licitación de servicios de tal naturaleza.



Tercero. También debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

En este sentido, debe hacerse notar que, si bien es cierto que el recurso fue presentado en una oficina de Correos, mediante envío certificado, siendo así que este Tribunal ha declarado, en ocasiones (valga por todas la resolución 623/2014) que *“el escrito de recurso deberá presentarse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el de este Tribunal, sin que pueda considerarse como fecha de interposición del escrito de recurso su presentación en las oficinas de Correos”*, no lo es menos que dicho recurso tuvo entrada efectiva en el registro del órgano de contratación el 3 de septiembre de 2015, dentro, por tanto, del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación (fecha ésta que debe operar como día inicial del cómputo en aquellos casos en que, como en el presente, el acceso a los pliegos se ha facilitado por medios electrónicos, tal y como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, -desde la resolución nº 534/2013 de 22 de noviembre, asumiendo así el criterio manifestado por la Audiencia Nacional en la Sentencia de la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de octubre de 2013).

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce, extremo que no admite duda alguna, atendido lo dispuesto en el artículo 40.1.b) (al tratarse de servicios de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP cuyo importe excede de 207.000 euros), en relación con el 40.2.a) (que faculta la impugnación de los pliegos rectores de la licitación), ambos del TRLCSP.

Quinto. La entidad recurrente fundamenta su recurso en la simple afirmación de que el presupuesto base de licitación no cubriría los costes laborales del personal que actualmente está prestando el servicio y que se relaciona, con expresión de sus respectivas categorías profesionales, en el Anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo, PCAP) y, consecuentemente, tampoco



alcanzaría a cubrir los gastos generales ni el beneficio empresarial, lo cual haría insostenible la prestación del servicio y comportaría un importante peligro para la viabilidad de su prestación. A su entender, todo ello vulneraría lo dispuesto en el artículo 87 TRLCSP, que exige que el precio de los contratos sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado. En apoyo de su afirmación, la asociación recurrente se remite al apartado C de la hoja de especificaciones del PCAP, que, al detallar el Presupuesto base de licitación, consigna en el ejercicio 2016 una anualidad de 357.024,79 euros, IVA excluido, extremo que pone en comparación con las tablas y conceptos salariales recogidos en el Convenio colectivo estatal de jardinería (que aporta como documento nº 3 y, en todo caso, consta publicado en el Boletín Oficial del Estado de 20 de julio de 2013), cuya aplicación a los puestos de trabajo recogidos en el Anexo VI del PCAP arrojaría (según cuantifica en una tabla aportada como documento nº 4) unos costes salariales por importe de 378.347,59 euros, cantidad notablemente superior a la referida anualidad del presupuesto de licitación.

Este Tribunal ha tenido ocasión de abordar una cuestión sustancialmente idéntica a la aquí planteada en otro recurso promovido, contra pliegos homólogos, por la misma asociación profesional, siendo así que en la resolución que le puso fin, a saber, la resolución 728/2014, de 3 de octubre de 2014, se dijo, en términos que se juzga pertinente reproducir:

“Sexto. Este tipo de cuestiones como la que se plantea en el presente recurso no es novedosa para este Tribunal. Para resolverlas adecuadamente se hace oportuno recordar, en primer lugar y como hacíamos, por ejemplo, en nuestra resolución 263/2012, la legislación vigente en esta materia. Así, el artículo 87.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señala lo siguiente:

“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".

En cuanto al cálculo del valor estimado de los contratos, el artículo 88.1 dispone que vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación, estimación que deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación.

Como indicábamos en la Resolución 066/2012, "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".

Para los contratos de servicios que tengan un carácter de periodicidad, como el de servicios al que se refieren los Pliegos objeto de impugnación en este recurso, el apartado 5 del meritado precepto dispone que se debe tomar 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.

b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si éste fuera superior a doce meses."



Teniendo en cuenta los preceptos anteriores, ya señalamos en nuestra resolución 193/2011 que corresponde al órgano de contratación cuidar que el presupuesto de licitación sea adecuado al de mercado, y que, en casos como el presente, en el que el coste económico principal lo constituye la retribución del personal, éste coste sea el concepto básico desde el punto de vista económico del contrato. Asimismo, en la medida en que podrán ser también factores determinantes respecto a la fijación del precio de licitación, deberá tenerse en cuenta el nivel de prestación de los servicios que se pretende contratar, atendiendo tanto a la variedad de servicios de mantenimiento exigidos como a las horas que se han de prestar. También señalamos en nuestra resolución 315/2013 que el mantenimiento o la disminución de las prestaciones objeto del contrato es un elemento importante a la hora de determinar si el precio de aquel ha sido correctamente fijado.

Conforme a estos factores, los datos económicos que consten en el expediente de contratación deben permitir comprobar que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a precios de mercado, tal y como exigen los artículos 87 y 88, antes reproducidos, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Séptimo. En algún supuesto anterior este Tribunal tuvo en cuenta que se había producido una variación cuantitativa de las actividades a realizar con respecto a contratos precedente. Así ocurrió, por ejemplo en nuestra resolución 263/2012. Sin embargo, en este caso el órgano de contratación no ha alegado esta circunstancia, siendo posible deducir que las prestaciones se mantienen iguales.

Por otro lado, tampoco hace esfuerzo alguno el órgano de contratación para defender la adecuación, siquiera mínima, de las cantidades que importa la prestación con las exigidas por el convenio colectivo. Esta circunstancia y el hecho de que la documentación aportada por el recurrente permite comprobar que, en efecto, las cantidades que obtiene en el documento nº 3 antes citado son ajustadas a las tablas salariales, nos permiten dar por probado que, tal como afirma el recurso, existe una minusvaloración de las prestaciones a realizar, lo que añadido al hecho de que, por razones obvias, el presupuesto máximo de licitación tampoco cubriría los gastos



generales, ni el beneficio del contrato, debe llevarnos admitir la inviabilidad del pliego desde el punto de vista económico. Y es que, como señalamos en nuestra resolución 66/2013, 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. En este caso el coste del personal debe ser, desde luego, un elemento a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, habida cuenta de que el convenio colectivo prevé la obligación de contratar a los trabajadores de la empresa saliente.

A ello debe añadirse, como expusimos en nuestra Resolución 349/2013 que en la presente licitación se ha presentado una única oferta, la de la entidad adjudicataria del anterior contrato, lo que es indicativo de la nula competencia suscitada en la licitación impugnada. Por ello, la incorrecta estimación del precio, ni es adecuada para el efectivo cumplimiento del contrato, como prescribe el artículo 87 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ni salvaguarda la libre competencia, principio fundamental de la contratación pública recogido en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Octavo. A la conclusión anterior no puede oponerse el que, en definitiva, es el único argumento de órgano de contratación, esto es, que el anterior contrato se ha ejecutado por un precio incluso menor que el que ahora se va a licitar, ni que se ha hecho la fijación del precio del contrato sobre la base de los valores de contratos anteriores conforme exige el artículo 88.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público antes citado. Y no puede oponerse esta circunstancia sencillamente porque el precepto en cuestión parte de la base de que el precio fijado para los anteriores contratos debe ser congruente con el valor ordinario de la prestación en el mercado y no, como sucede aquí, notablemente inferior al mismo. En consecuencia, procede estimar el recurso y retrotraer las actuaciones para fijar un precio de licitación acorde con las circunstancias del mercado.”



Sexto. Las circunstancias que operaban como presupuesto de la citada resolución son sustancialmente idénticas a las concurrentes en la licitación objeto del presente recurso.

En efecto, al igual que en aquel supuesto, la asociación recurrente ha aportado una estimación, con arreglo a las tablas y conceptos salariales del convenio de aplicación, del coste que representa, en cómputo anual, la retribución del personal referido en el Anexo VI del PCAP, cuyo importe es superior al de la anualidad del presupuesto de licitación reflejada en los tales pliegos. Según ha podido comprobar este Tribunal, los cálculos en que descansa dicha estimación son aritméticamente correctos y se ajustan a las tablas salariales contenidas en el referido Convenio, siendo así que, con arreglo a lo previsto en su artículo 4º, el mismo estaría vigente, cuando menos (incluso si hubiera mediado denuncia con arreglo a lo allí estipulado) hasta el 31 de diciembre de 2016. En todo caso, el órgano de contratación, en el informe emitido con arreglo al artículo 46 TRLCSP, no cuestiona en modo alguno ni la vigencia y aplicación de tal convenio ni los propios cálculos realizados por la actora, sino que se limita a hacer invocación del principio de control del gasto y a resaltar, a los efectos del artículo 88.5.a) TRLCSP, que el 14 de agosto de 2013 se suscribió un contrato anterior con idéntico objeto, con un importe anual de 330.623,55 euros, IVA excluido. Considera, en efecto, el órgano de contratación que el presupuesto anual consignado en los pliegos impugnados (357.024, 79 euros) debe reputarse debidamente justificado, al corresponderse con la acomodación del precio de dicho previo contrato a la incorporación en el ámbito objetivo de prestación de los servicios objeto de contratación de tres nuevos centros administrativos, a saber, la Finca A Barcia en Santiago de Compostela, el CIS Galicia en Ferrol y el IGAPE en Santiago de Compostela.

Tales alegatos, sin embargo, no pueden obstar a la debida aplicación, también en el presente supuesto, del criterio explicitado en la citada resolución 728/2014. El hecho de que el presupuesto de licitación del contrato objeto de recurso pueda guardar correspondencia y encontrar base en el de otro contrato previo de idéntico objeto debe



ceder ante la constatación, no sujeta a controversia, de que tanto uno como otro valor son inferiores a los costes salariales del personal adscrito a su ejecución y cuya relación se incorpora (a los efectos del artículo 120 TRLCSP y atendido lo establecido, bajo la rúbrica “*cláusula de subrogación*”, en el artículo 43 del Convenio colectivo estatal de jardinería) al Anexo VI del PCAP.

En efecto, en la medida en que el convenio de aplicación establece la obligación de subrogación o absorción del personal que viniera ejecutando el contrato, es evidente que, como se señalaba en la resolución 728/2014, en el presente supuesto el coste de tal personal debe ser un elemento esencial para elaborar el presupuesto de licitación y ello, especialmente, si se tiene presente que, en rigor, no sólo no se ha demostrado que las prestaciones objeto del contrato hayan sido objeto de variación a la baja, sino que, muy al contrario, la incorporación de nuevos centros al ámbito objetivo de prestación de los servicios permite suponer que se verán incrementadas.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto (y sin perjuicio de resaltar que, al igual que en el supuesto objeto de la resolución 728/2014, en la presente licitación únicamente se ha presentado una oferta, lo que es elocuente indicio de la nula competencia suscitada), habiéndose advertido que el presupuesto de licitación fijado en los pliegos impugnados lo ha sido por importe inferior al de dichos costes laborales y sin margen, por tanto, para cubrir los gastos generales y el beneficio empresarial, procede concluir que ha sido minusvalorado con infracción de lo previsto en el artículo 87.1 TRLCSP, que impone a los órganos de contratación la precisa obligación de cuidar 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*”. Por todo ello, el presente recurso debe ser estimado, anulando los pliegos rectores de la licitación a fin de que pueda fijarse un nuevo presupuesto de licitación acorde con los valores del mercado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. F. J. S. H. en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA) contra los pliegos que rigen la contratación del servicio de mantenimiento de la jardinería interior y exterior de los edificios administrativos de la Xunta de Galicia, que se anulan a fin de que pueda fijarse un precio de licitación acorde con las circunstancias del mercado.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.