



Recurso nº 915/2014 C.A. Galicia 115/2014

Resolución nº 20/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 09 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. H. A., actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA), como apoderado de la misma debidamente representada contra los Pliegos que han de regir el Contrato de Servicios denominado “SERVICIOS DE MANTENIMIENTO, CONSERVACIÓN Y REPOSICIÓN DE LAS ZONAS VERDES EN LA CIUDAD DE VIGO”, EXPTE. 7614/446, convocado por el Ayuntamiento de Vigo (Pontevedra), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 26 de septiembre de 2014 se aprobó por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo expediente de contratación, junto con el Pliego de Prescripciones Técnicas y el de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), para la adjudicación por procedimiento abierto, de un contrato de servicios denominado “SERVICIOS DE MANTENIMIENTO, CONSERVACIÓN Y REPOSICIÓN DE LAS ZONAS VERDES EN LA CIUDAD DE VIGO”. Con fecha 15 de octubre de 2014 se publicó el anuncio de contratación en el Perfil del Contratante del Concello de Vigo; asimismo se publicó el anuncio en el Boletín Oficial de la provincia de Pontevedra y en el Diario Oficial de Galicia. El plazo de presentación de solicitudes terminó el 29 de noviembre de 2014.

Segundo. Por escrito presentado el 31 de octubre de 2014 en el Servicio de Correos, y con entrada en el Ayuntamiento de Vigo el 3 de noviembre de 2014, por el representante de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) se interpone recurso administrativo especial contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Y seguidamente por el Ayuntamiento se remite a este Tribunal el



referido recurso especial en materia de contratación, en el que se impugnan las siguientes cláusulas del referido PCAP:

-La cláusula 27: Personal del contratista. Y particularmente el apartado 4, en relación con el Anexo III.

-La cláusula 31. Revisión del Precios. Anexo I, apartado 3.j).d

-La cláusula 17 del Anexo I: Otros aspectos del Contrato.

Alega en el recurso, además de los requisitos formales del mismo, sobre órgano ante el que se interpone, plazo de interposición, legitimación y acto impugnado, respecto del fondo lo que sigue.

La cláusula 27. Personal del contratista. Dice la recurrente que, el adjudicatario del contrato se tiene que subrogar en el personal de la empresa que actualmente presta el servicio a contratar en el propio Ayuntamiento de Vigo, y que figura en el Anexo III del Pliego, la relación de dicho personal, con su antigüedad, tipo de contrato y categoría. Más sin que se informe nada, sobre la aplicación de las condiciones laborales de ese personal, en concreto, el Convenio Colectivo aplicable, así como los importes reales abonados a los trabajadores. Y que sin esa información que ha de facilitar el Pliego, los posibles licitadores desconocen la carga económica que les va a suponer asumir ese personal, lo que incide en sus ofertas económicas. Infringiéndose el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

La cláusula 31. Revisión de Precios. La revisión de precios a aplicar está en función de las variaciones del PIB, Producto Interior Bruto, estimando que la misma infringe la Disposición Adicional Octogésima Octava de la Ley 20/2013, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, en cuanto prohíbe la indexación de precios en referencia al IPC, y se exige que si la referencia de la revisión de precios se relaciona con otro índice, el mismo debe reflejar la evolución de los costes por lo que concluye en que es ilegal.

La cláusula 17.3 del Anexo I del PCAP "Otros Aspectos del Contrato", en cuanto exige una bolsa de 3.900 horas anuales de trabajo para actuar en cualquier punto de la ciudad sin que sea necesario que se trate de zonas verdes incluidas en el ámbito del contrato,



no guarda relación con el objeto del contrato, por lo que, a su juicio es ilegal y debe ser eliminada del PCAP.

Solicita igualmente la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Recibido el escrito de impugnación en el Tribunal, se comunicó al órgano de contratación, reclamando el expediente administrativo, que fue remitido por el mismo, junto con el correspondiente informe, en el que se sustenta lo siguiente:

- Falta de representación y de legitimación de la Asociación empresarial recurrente, por falta de poder de representación aportado, y porque la recurrente al no poder ser licitador carece de interés legítimo, así como al no haber aportado sus Estatutos, si bien reconoce el carácter de subsanables de las dos excepciones.
- Respecto de la cláusula 27. Personal del contratista, sostiene la falta de legitimación para impugnar esa cláusula, por cuanto las relaciones entre el personal de la anterior empresa y el nuevo adjudicatario, se ventilarán ante la Jurisdicción Social, y son ajenas a la recurrente, sostiene por ello la inadmisión del recurso. Por otro lado, con la información facilitada del personal a subrogar, su antigüedad, categoría y tipo de contrato, cualquier licitador aplicando el Convenio Colectivo del Sector, conoce los costes laborales, por lo que no concurre la ilegalidad apuntada.
- La cláusula 31. La revisión de precios no está vinculada con el IPC, sino con el PIB, que es un indicador de la marcha real de la economía, y en consecuencia no resulta contraria a la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para 2014.
- La cláusula 17 del Anexo I del PCAP “Otros Aspectos del Contrato”. La bolsa de 3.900 horas a que se refiere la cláusula, trata de en circunstancias puntuales, en caso de que sea preciso actuar con inmediatez en zonas verdes no incluidas en el ámbito del contrato, pero de la misma tipología que las definidas en el mismo y cuyo mantenimiento es competencia del servicio gestor, por lo que, concluye con la legalidad de la misma.



Cuarto. Interpuesto el recurso, con fecha 28 de noviembre de 2014 la Secretaria del Tribunal por delegación de este, dictó resolución acordando la medida provisional de suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con los artículos 43 y 46 del R.D.L. 3/2011 tal y como había sido solicitado por la Asociación Empresarial recurrente.

A los anteriores antecedentes de hecho, son aplicables los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De acuerdo con el artículo 41.1 del R.D.L 3/2011, y el Convenio de colaboración celebrado entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Galicia de 7 de noviembre de 2013 (BOE de 25 de noviembre de 2013), Cláusula Segunda 1, este Tribunal es competente para conocer del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la parte recurrente.

Segundo. La representación de la Asociación recurrente la ostenta el apoderado que por la misma comparece, en virtud de la escritura de poder de fecha 22 de abril de 2005 que aporta a petición de este Tribunal aunque no lo hizo inicialmente. Se trata de un defecto subsanable como reconoce el propio Ayuntamiento en su informe y que ha sido subsanado.

Interpone el recurso especial la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA). A la vista del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre los interesados, y la interpretación amplia y flexible del principio “pro actione” por parte de la Jurisprudencia, así como a la vista de los Estatutos de la Asociación aportados, y su modificación llevada a cabo el 18 de octubre de 2012 hay que reconocer legitimación a la Asociación empresarial recurrente. Según el artículo 4 de los Estatutos modificados: “ASEJA, como entidad de ámbito nacional para integración, representación y defensa de los legítimos intereses de sus miembros y de la actividad empresarial definida en el artículo 3 de los Estatutos Sociales tendrá, entre otros, los siguientes fines: ...2. 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.”



Tercero. Tal y como se ha descrito el acto recurrible es el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios denominado “SERVICIOS DE MANTENIMIENTO, CONSERVACIÓN Y REPOSICIÓN DE LAS ZONAS VERDES EN LA CIUDAD DE VIGO”, y particularmente las cláusulas que se han hecho mención.

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días (artículo 44.2 del R.D.L. 3/2011),

Quinto. Las cuestiones cuya legalidad hay que decidir son las tres cláusulas del PCAP más arriba citadas.

La cláusula 27: Personal del contratista. Y particularmente el apartado 4, en relación con el Anexo III. Parece clara la legitimación de la Asociación recurrente, porque sin perjuicio de que las relaciones laborales entre los trabajadores y el licitador adjudicatario se ventilen ante la Jurisdicción Social, parece incuestionable que en esta fase de la contratación administrativa en que nos encontramos, el conocer con detalle los costes laborales de los trabajadores a subrogar por el nuevo empresario, en el caso de resultar adjudicatario del contrato de servicios, incide directamente en el cálculo de la oferta económica a presentar por ese futuro licitador, por lo que es evidente la legitimación de la recurrente para impugnar esta cláusula. Seguidamente sobre el fondo de la cuestión, vistas las alegaciones de la recurrente y el informe de la Administración contratante, el artículo 120 del R.D.L. 3/2011 dispone: “En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, **la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.**” La información facilitada en el Anexo III del PCAP de los trabajadores a subrogar es la fecha de antigüedad del trabajador, el tipo de contrato y la categoría. Con esta información, estima el Tribunal que es suficiente para que el potencial licitador conozca sin más, el coste laboral de los trabajadores. Determinar el Convenio Colectivo en la ciudad de Vigo aplicable es una cuestión ajena a la información que debe facilitar el PCAP, y estar al alcance de las empresas participantes en el procedimiento de licitación por dedicarse ellas a la actividad material objeto de licitación.



Sexto. La siguiente cuestión a resolver la cláusula 32. Revisión de Precios. Para su análisis, hemos de reproducir la Disposición Adicional Octogésima Octava de la Ley 22/2013. Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público: “Uno. El régimen de revisión de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no podrá referenciarse en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, **en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes.**”

Es cierto que la revisión de precios contenida en la cláusula 32, no alude al IPC, tal y como prohíbe la disposición adicional citada, sino que lo hace en relación al PIB, Producto Interior Bruto, que es como bien dice el Ayuntamiento, un indicador de la marcha real de la economía, y que refleja este indicador la economía interior del país. Más en cuanto ese indicador, que es objetivo, neutral y ajeno a las partes, en principio no entraría dentro de la prohibición de la indexación con relación al IPC, pero al no recoger el mismo, no reflejar el mismo, la evolución de los costes que ha de soportar el licitador empresario y adjudicatario del contrato en ejercicios sucesivos, no se ajusta al dictado de la disposición adicional citada, por lo que concluimos en la ilegalidad de la cláusula impugnada en la citada redacción.

Séptimo. Queda la tercera y última cuestión a resolver, la cláusula 17.3 del Anexo I del PCAP “Otros Aspectos del Contrato”

Vamos a reproducir el apartado 3.- BOLSA DE HORAS:

“El adjudicatario se compromete a poner a la disposición del Departamento de Montes, Parques y Jardines, un total de 3.900 horas anuales de trabajo de su personal sin coste y sin que ello suponga una mengua en las prestaciones objeto de este contrato.

Esta bolsa de horas será utilizada a criterio del servicio de Montes, Parques y Jardines en cualquier punto de la ciudad, sin que sea necesario que se trate de zonas verdes incluidas en el ámbito de este contrato definido en el artículo 3 del PPT.

El Ayuntamiento deberá avisar a la empresa de la necesidad de disponer de horas con cargo a esta bolsa con 48 horas de antelación.”



La tacha de ilegalidad que hace la recurrente a esta cláusula es que esta bolsa de horas no están vinculadas con el objeto del contrato, definido en el artículo 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, y por ello que, se infringe el artículo 26 de la Directiva 2004/18 CE, su Considerando 33, y los artículos 1, 118 y 150, apartados 1 y 2 del R.D.L 3/2011. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, en tanto en cuanto la Bolsa de 3.900 horas anuales adicionales, se pone a disposición del Departamento de Montes, Parques y Jardines, y que será utilizada a criterio del servicio citado, parece claro, que la utilización de las mismas estará dentro del ámbito material de competencias de dicho Departamento de Montes, Parques y Jardines, del propio Ayuntamiento de Vigo, competencias materiales que coinciden, absorben y engloban el objeto del contrato, que alude a servicios de conservación y reposición de zonas verdes en la ciudad de Vigo. Por lo que, con la mención del citado Departamento de Montes, la bolsa de horas anuales que se tiene que poner a disposición del mismo, queda salvada la omisión de la referencia al objeto del contrato. Ahora bien, con el de evitar cualquier duda interpretativa, no estaría de más, que el Ayuntamiento al dar nueva redacción al PCAP, como consecuencia de la nueva redacción que ha de llevar a cabo de las dos primeras cuestiones analizadas y estimadas, aproveche para completar la redacción de esta Cláusula con la mención que él mismo hace en su informe: "...en zonas verdes no incluidas en el ámbito del contrato, pero de la misma tipología que las definidas en el mismo y cuyo mantenimiento es competencia del servicio gestor". Con cuya nueva redacción se aclararía cualquier duda.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos y fundamentos de derecho anteriores

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J. M. H. A., actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA), contra el PCAP que ha de regir el contrato de servicios denominado "SERVICIOS DE MANTENIMIENTO, CONSERVACIÓN Y REPOSICIÓN DE LAS ZONAS VERDES EN LA CIUDAD DE VIGO", declarando que la Cláusula 31. Revisión del Precios. Anexo I, apartado 3.j).d, no es ajustada a Derecho, debiendo ser eliminada y/o modificada.



La cláusula 27: Personal del contratista, y particularmente el apartado 4, en relación con el Anexo III es ajustada a Derecho. Y la cláusula 17.3 del Anexo I: Otros aspectos del Contrato. BOLSA DE HORAS, declaramos su legalidad de acuerdo con el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

Y ordenando, consecuentemente, la retroacción del procedimiento de licitación al momento de aprobación del citado PCAP con nueva redacción de la cláusula controvertida, publicándose la modificación y abriendo nuevo plazo para presentación de ofertas a los posibles interesados.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida por el acuerdo de este Tribunal de 28 de noviembre de 2014, de conformidad con el artículo 47.4 del R.D.L. 3/2011.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del presente recurso, por no lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del R.D.L. 3/2011.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma 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.