



Recurso nº 676/2014

Resolución nº 728/2014

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

En Madrid, a 3 de octubre de 2014

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 espacios libres y zonas ajardinadas en las parcelas de los Campus del Instituto de Salud Carlos III, en Chamartín y Majadahonda, el Tribunal en la sesión del día de hoy ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Instituto de Salud Carlos III publicó en el DOUE el 10 de julio de 2014 y en el Boletín Oficial del Estado, el 5 de agosto de 2014, anuncio de licitación del procedimiento para la contratación de del servicio de mantenimiento de espacios libres y zonas ajardinadas en las parcelas de los Campus del Instituto de Salud Carlos III, en Chamartín y Majadahonda.

Segundo. Con fecha 20 de agosto de 2014 la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA) presenta recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación del servicio de mantenimiento y zonas ajardinadas del Instituto 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, desestima con fecha 5 de septiembre de 2014 la suspensión del expediente de contratación solicitada como medida cautelar en el recurso.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al otro interesado para que formulara las alegaciones que estimara oportunas en el plazo de cinco días hábiles, sin que haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la resolución del presente recurso.

Segundo. El recurso se ha interpuesto en el plazo legal previsto en el artículo 44.2 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Debe entenderse que la interposición por la Asociación Española De Empresas De Parques y Jardines (ASEJA) se ha llevado a efecto por persona legitimada para ello, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que establece que: *“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 este sentido basta recordar la consolidada doctrina de este Tribunal en la que interpretando el anterior artículo 312 de la Ley de Contratos del Sector Público pone de manifiesto la clara relación de ese precepto con el artículo 31 de la Ley 30/1992, aunque el legislador haya sido deliberadamente menos concreto con la finalidad de cumplir de manera escrupulosa las exigencias de las Directivas comunitarias en materia de recursos. De esta forma, como se afirma en la resolución 88/2011: *“No parece que la intención del legislador haya sido restringir la legitimación para interponer este recurso sino que, antes al contrario, su intención ha sido extenderla a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso.”*

Este y no otro es el criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y también la del Tribunal Constitucional ha precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente:

"Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 CE. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991. de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999,

entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997)."

En este supuesto en concreto, la recurrente es una asociación representativa de intereses colectivos de las empresas españolas dedicadas al sector de jardinería, por lo que parece claro que en defensa del interés colectivo del sector pueda impugnar un pliego de cláusulas administrativas sobre la base de considerar inviable económicamente el contrato que pudiera resultar del procedimiento de licitación que aquel regula. De ahí que exista esa relación unívoca y concreta de la entidad recurrente con el objeto del recurso. En consecuencia, la asociación recurrente sí que dispone de legitimación para plantear su pretensión de reforma de los pliegos y, por lo tanto, el recurso debe ser analizado en cuanto al fondo del asunto.

Cuarto. El recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas que rige la contratación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que ha sido interpuesto contra acto susceptible del mismo, conforme al artículo 40, apartados 1.a) y 2 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. La entidad recurrente afirma que el presupuesto base de licitación no cubriría los costes laborales del personal a destinar a la ejecución del contrato, ni desde luego tampoco los gastos generales ni el beneficio, lo cual haría insostenible la prestación del servicio y supondría un importante peligro para la viabilidad de su prestación. Todo ello vulneraría lo dispuesto en el Artículo 87 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público 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 el recurrente se remite al Anexo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que en punto al Valor estimado de la contratación indica que el Presupuesto base de licitación asciende, para una duración de dos años, a 363.636,36 € (IVA excluido) o 440.000,00 € (IVA incluido). También aporta (documento 3) una tabla en la que se recogen los costes salariales previstos para este contrato, teniendo en cuenta las cantidades sujetas al convenio colectivo del sector y la obligación de

subrogarse en el personal que actualmente presta sus servicios en el Instituto público. Atendiendo a sus cálculos el coste salarial anual ascendería a la cantidad de 349.097,48 € anuales, IVA excluido, cantidad notablemente superior al valor anual estimado para el contrato.

El órgano de contratación, en su breve informe, afirma que el contrato vigente estaba previsto incluso por unas cantidades anuales inferiores, siendo el importe de las anualidades 213.895,50 euros para 2013 y el mismo importe para 2014. Además habría que tener en cuenta que el contrato en vigor incluye la posibilidad de servicios extraordinario por 20.000 euros, posibilidad que no se ha incluido en los pliegos objeto de recurso. Por tanto, los pliegos objeto del recurso, que rigen el contrato de servicio de jardinería, habrían incrementado el importe del presupuesto base de licitación sobre el importe del contrato actual.

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.

Por todo lo anterior

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar, por los argumentos expuestos en esta resolución, 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 espacios libres y zonas ajardinadas en las parcelas de los Campus del Instituto de Salud Carlos III, en Chamartín y Majadahonda y, en consecuencia, anular los pliegos rectores de la licitación y retrotraer las actuaciones para fijar un precio de licitación acorde con las circunstancias del mercado.

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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.