

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
COMUNIDAD DE MADRID
RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

EXPTE Nº: TÍTULO: Nº EXPTE.: A/SER-011367/2018 (1-D/19)

ORGANISMO: CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN TERRITORIO

DEPENDENCIA TRAMITADORA: ÁREA DE CONTRATACIÓN

D. Francisco José Berroya Chaves, mayor de edad, con DNI nº 8973 [REDACTED], en calidad de representante legal de la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y del Medio Ambiente (ASERPMA), según se acredita con el poder notarial adjunto a este recurso como documento número 1, con CIF G80318934, y domicilio, a efectos de notificaciones, en Madrid, Paseo de la Castellana, 166, escalera 3, 9º A; y en la dirección de correo electrónico aserpma@aserpma.es, en el procedimiento de licitación del expediente A/SER-011367/2018 (1-D/19) del contrato de **“GESTIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PARQUE REGIONAL DE LA CUENCA ALTA DE MANZANARES Y LA LIMPIEZA DE ÁREAS RECREATIVAS DE LAS COMARCAS FORESTALES XIII, XIV Y XV, AÑOS 2019-2021”**, por el presente escrito comparece ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en representación de la mencionada Asociación, y como mejor proceda en Derecho expone los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 4 de marzo de 2019 el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid ha publicado el nuevo anuncio de rectificación, junto con una diligencia de aclaraciones a los Pliegos del expediente **A/SER-011367/2018 (1-D/19)** del contrato de **“GESTIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PARQUE REGIONAL DE LA CUENCA ALTA DE MANZANARES Y LA LIMPIEZA DE ÁREAS RECREATIVAS DE LAS COMARCAS FORESTALES XIII, XIV Y XV, AÑOS 2019-2021”** Este expediente ha sido licitado por parte del Área de Contratación de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid. Se acompaña este nuevo anuncio como anexo número 2, junto con el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) como documentos número 3 y 4.

SEGUNDO: En la página 15 del PCAP 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.

Explica el Pliego que esta condición da cumplimiento al artículo 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) al tratarse de una condición especial de carácter social citada en el apartado 2 “cumplimiento de los convenios sectoriales y territoriales aplicables” y que 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.).

Entendemos que esta condición especial no tiene relación con el objeto del contrato, cuyas prestaciones se ajustan a la aplicación del Convenio Forestal vigente, hecho en el que se va a fundamentar posteriormente el recurso.

TERCERO: Atendiendo al principio de buena fe y con máximo interés desde esta parte en intentar resolver con carácter previo a la interposición del recurso los errores detectados, con fecha 12 de febrero de 2019 enviamos escrito a la Secretaría General Técnica/Contratación de la Consejería de Medio Ambiente y ordenación del territorio, que adjuntamos como documento 5. Posteriormente solicitamos de forma conjunta con otra Asociación Forestal de ámbito nacional una reunión que celebramos el día 15 de marzo, en la citada Consejería, para de nuevo solicitar la rectificación del Expediente **A/SER-011367/2018 (1-D/19)** en los aspectos referidos en este recurso.

CUARTO: Como continuación a la reunión mencionada, el propio viernes 15 de marzo de 2019 remitimos un último escrito a la Secretaría General Técnica y al Área de Contratación de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, solicitando la suspensión de la licitación, para rectificar los pliegos de este expediente en los aspectos que se fundamentan en este recurso.

Por los antecedentes de hecho expuestos, dentro del plazo conferido al efecto por el artículo 50 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, interponemos RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN contra el nuevo anuncio y los Pliegos en el expediente **A/SER-011367/2018 (1-D/19)** del contrato **“GESTIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PARQUE REGIONAL DE LA CUENCA ALTA DE MANZANARES Y LA LIMPIEZA DE ÁREAS RECREATIVAS DE LAS COMARCAS FORESTALES XIII, XIV Y XV, AÑOS 2019-2021”**, con base en los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acto es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Se trata de un expediente sujeto a regulación armonizada para un servicio con importe superior a 100.000 euros.

SEGUNDO.- Se interpone el recurso en el plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público desde la publicación del nuevo anuncio en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid el día 4 de marzo de 2019.

TERCERO.- El compareciente tiene legitimación para recurrir por actuar como representante legal de ASERPYMA, de acuerdo con el Poder Notarial adjunto.

Los Estatutos de la Asociación establecen como fines la defensa de los intereses de los asociados, por lo que entendemos que ASERPYMA representa los intereses colectivos de las empresas forestales que pueden verse perjudicados en el expediente de referencia, de acuerdo con lo establecido en el 48 de la LCSP.

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto podemos alegar las siguientes circunstancias:

La CPV establecida para este contrato en la cláusula primera, en la página 2, del PCAP es la 92533000-6 correspondiente al Servicio de reservas naturales y la 92534000-3 Servicios de preservación de la vida silvestre.

El apartado 4 del PPT, en las páginas 5 y 6 establece el ámbito de actuación de este contrato indicando que los trabajos se efectuarán en el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares y afecta a todos los municipios de las Comarcas XIII, XIV y XV, así como en las áreas recreativas de las Comarcas Forestales XIII, XIV y XV.

El apartado 3 del PPT, en la página 4 detalla las actividades a realizar por parte del adjudicatario

A. Proteger la integridad de la gea, fauna, flora, aguas y atmósfera y de todo el conjunto de los ecosistemas del ámbito ordenado, así como procurar su restablecimiento, cuando fuese preciso.

B. Promover la utilización ordenada de dicho ámbito con fines de investigación científica.

C. Fomentar en el mismo ámbito las actividades de interés educativo, cultura, recreativo, turístico y socio-económico.

D. Conservar el paisaje y la calidad de las aguas subterráneas y superficiales del ámbito considerado, y de las que vierten en ella.

E. Fomentar la mejora, recuperación e implantación de actividades productivas tradicionales, de carácter agrícola, ganadero y forestal, como medio de preservación y protección activa del medio físico.

F. Mantener la calidad del aire y disminuir los niveles de contaminación.

G. Procurar la utilización pública del ámbito ordenado, fomentando su destino al uso o servicio público, en función de los anteriores objetivos.

Son trabajos de ámbito forestal y se desarrollan en un entorno puramente forestal, no agrario o urbano.

Sin embargo, en la página 14 del PCAP, en el apartado 19, 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. Explica el Pliego que esta condición da cumplimiento al artículo 202 de la LCSP al tratarse de una condición especial de carácter social.

El artículo 202 de la LCSP permite establecer condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, siempre que estén vinculadas al objeto del

contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En el expediente A/SER-011367/2018 (1-D/19) la aplicación del Convenio de Jardinería no tiene ninguna relación con el objeto del contrato que es un servicio forestal.

El 22 de junio de 2016 el Boletín Oficial del Estado publicó la Resolución de 13 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo marco de ámbito estatal para el sector de actividades forestales.

El ámbito funcional de este convenio está recogido en el artículo 2, que relaciona las siguientes actividades:

- a) Tratamientos selvícolas, podas, desbroces, cortafuegos, clareos, prevención de incendios forestales, en razón de su consideración como una parte de los tratamientos selvícolas siempre que no sean realizados por operativos de prevención y extinción de incendios forestales, siempre en el ámbito forestal.
- b) Repoblaciones forestales y restauraciones paisajísticas del medio natural, siempre en el ámbito forestal.
- c) Preparación y conservación de áreas recreativas siempre en el ámbito forestal.
- d) Gestión forestal para el aprovechamiento de la biomasa.
- e) Otras actividades relacionadas con la conservación, ordenación y vigilancia de los espacios naturales, siempre en el ámbito forestal.

Todas las actividades contempladas en el expediente A/SER-011367/2018 (1-D/19) se encuadran en los dos apartados subrayados del ámbito funcional del Convenio Forestal.

El Convenio de Jardinería tiene otro ámbito funcional recogido en el artículo 2 que indica que este Convenio será de aplicación y obligará a todas aquellas empresas que se dediquen a la realización, diseño, conservación y mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades, ya sean públicas o privadas, así como aquellas empresas que con independencia de las distintas actividades que pudieran desarrollar, realicen trabajos propios de diseño, construcción, conservación y/o mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades.

El PCAP contiene, por tanto, una condición de ejecución en la que impone un determinado convenio colectivo, el de jardinería que no tiene relación alguna con el objeto del contrato.

Este mismo Tribunal en su resolución 49/2019 en el recurso 13/2019 con motivación prácticamente similar ha resuelto a favor de la aplicación del Convenio Forestal:

“...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, lo que no discute el órgano de contratación. 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”.

B) En segundo lugar, el presupuesto establecido para este contrato no contempla el importe del beneficio industrial al que obliga el artículo 101.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Además el artículo 100.3 de la LCSP obliga a la correcta estimación del importe del contrato a la hora de fijar el presupuesto de licitación, que incluiría esos dos conceptos.

Estas dos obligaciones estipuladas en los artículos 101.2 y 100.3 de la Ley de Contratos del Sector Público están recogidas en muchas resoluciones y recomendaciones de los Tribunales.

En este sentido, hacemos referencia a la Resolución 42/2018, de 31 de enero del Tribunal Central de Recursos Contractuales, a la Recomendación 2/1997, de 6 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid y a la propia resolución del 49/2019 del Tribunal de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, en el apartado 8, en la página 7 del PCAP se establece el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales:

- 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 y que será el interlocutor del Director del Servicio.

Esta obligación de adscripción de medios tiene carácter de obligación esencial a los efectos del art 211.1.f.) de la LCSP. El incumplimiento de esta obligación esencial podrá dar lugar a la resolución del contrato.

Además de no indicar en ninguna parte de los pliegos el porcentaje de disponibilidad de ambos técnicos, no aparece ningún coste en el presupuesto que cubra porcentaje alguno de ambos técnicos.

En este caso nos encontramos con una indefinición de costes que genera una clara inseguridad jurídica a los potenciales licitadores.

Finalmente el presupuesto contempla un apartado de partidas Alzadas, por importe de 353.320,00 euros, que representan una 12,5% del presupuesto, de las que no se aclara cómo se va a proceder a su abono. Únicamente en la página 24 del PPTP, se hace referencia a lo siguiente:

En todas las partidas alzadas se certificarán, mensualmente, las unidades de obra de materiales, maquinaria, mano de obra, etc., que se hayan suministrado ese mes, debiendo todas ellas quedar detalladas en la correspondiente relación valorada. Todas aquellas partidas compuestas por diferentes unidades o no, que estén referidas a adquisición o suministro de materiales, se entenderán finalizadas cuando el importe total que figura en el presupuesto haya sido totalmente consumido mediante los correspondientes suministros o adquisiciones, bien sea en una sola vez o en partes.

En todas las partidas que conforman el presupuesto, tengan el carácter que tengan, la empresa adjudicataria no podrá aplicar la baja de adjudicación ni podrá aludir a una compensación de la misma, para la buena ejecución de todas y cada una de las partidas presupuestarias. No serán objeto de abono todos aquellos materiales o trabajos cuya adquisición o ejecución no sea autorizada previamente por el Director del Servicio.

El Pliego no detalla ninguna referencia de bases de precios para calcular los costes que se pueden imputar a estas partidas alzadas, con lo que, a nuestro juicio, el presupuesto no queda claramente definido para los potenciales licitadores.

Como ha manifestado este Tribunal en reiteradas ocasiones, valga por todas la Resolución 42/2018, de 31 de enero, "La adecuada determinación del precio contractual es un elemento esencial para la conformación de la voluntad de las partes del contrato administrativo que permite garantizar tanto a la Administración como al contratista una correcta ejecución de las prestaciones objeto del contrato, ya que permite establecer la justa correspondencia entre los derechos y obligaciones asumidas por cada una de las partes. La Recomendación 2/1997, de 6 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid señala que 'hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que, a la hora de determinar el precio de los contratos, se procure que éste sea adecuado al mercado',

e igualmente incide el Informe 19/1997, de 16 de diciembre, que señala que la 'primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado'".

El desequilibrio económico o la incorrecta determinación del precio del contrato pueden ocasionar un grave perjuicio para el interés público, ya que se aumentan significativamente las posibilidades de ejecuciones inadecuadas de las prestaciones objeto del contrato que pueden dar lugar a la resolución del mismo. Los órganos de contratación deberán, tanto al determinar los presupuestos de los contratos, como al establecer las prestaciones y contraprestaciones entre la Administración y el contratista, realizar los estudios económicos necesarios que permitan garantizar que el precio del contrato sea el adecuado al mercado, incorporando dichos estudios como parte de los expedientes de contratación. Dichos estudios deberán ajustarse, a los sistemas de determinación del presupuesto establecidos, en su caso, por la legislación contractual para los diferentes tipos de contratos, debiendo en todo caso presentar un nivel de desagregación suficiente, para permitir una valoración adecuada de las prestaciones objeto del contrato, hacer posible un adecuado control del gasto público y facilitar una correcta presentación de ofertas por las empresas al poseer una información más detallada sobre el presupuesto contractual, o en su caso de las contraprestaciones que recibirá por la ejecución del contrato.

De acuerdo con los fundamentos señalados, solicitamos:

Que se tenga por interpuesto el presente escrito con los documentos adjuntos se sirva admitirlo y tener por interpuesto RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN frente al anuncio y los Pliegos del expediente A/SER-011367/2018 (1-D/19) del contrato **"GESTIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PARQUE REGIONAL DE LA CUENCA ALTA DE MANZANARES Y LA LIMPIEZA DE ÁREAS RECREATIVAS DE LAS COMARCAS FORESTALES XIII, XIV Y XV, AÑOS 2019-2021** y, previa la tramitación legal que corresponda, sea dictada resolución en la que se resuelva rectificar el presupuesto de dicho contrato, así como la cláusula especial de ejecución de aplicación del Convenio Colectivo de Jardinería y se proceda a la suspensión de la licitación prevista en el artículo 53 de la LCSP, en Madrid a 18 de marzo de 2019.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'FJBC' with a stylized flourish underneath.

Fdo. Francisco José Berroya Chaves