

Barcelona, 15 de març de 2023

Resolució: 184/2023 (recursos N-2022-0115, N-2022-0118 i N-2022-0165)

Vistos els recursos especials en matèria de contractació presentats per R.C.V., en nom i representació de l'entitat GREMI DE JARDINERIA DE CATALUNYA (N-2022-0115), J.M.H.d.A, en nom i representació de l'ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (N-2022-0118), i R.C.V., en nom i representació de l'entitat GREMI DE JARDINERIA DE CATALUNYA (N-2022-0165), contra el plec de clàusules administratives de la licitació del contracte mixt pel servei de manteniment del verd urbà, que tramita l'AJUNTAMENT D'ARGENTONA (expedient 2020/1819), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 4 de març de 2022, es va publicar l'anunci de licitació en l'esmentat perfil de contractant de l'Ajuntament, a través del qual es van posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altra documentació contractual. La licitació també es va publicar, en data 9 de març de 2022, en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S48.

És tracta d'un contracte mixt d'obres i serveis de manteniment del verd urbà, a adjudicar mitjançant procediment obert, subjecte a regulació harmonitzada i tramitació ordinària. L'objecte del contracte es divideix en tres (3) lots independents:

	SUPERFÍCIE
LOT 1: Parcs, Jardins i Places	95.581 m ²
LOT 2: Espais de transició i de la xarxa hidrogràfica. Franges de Protecció contra incendis i solars.	836.050 m ²
SUPERFÍCIE TOTAL DE MANTENIMENT	931.631 m²

	UNITATS
LOT 3: Manteniment d'arbrat	4.481 uts
UNITATS TOTALES DE MANTENIMENT	4.481 uts

SEGON. En data 25 de març de 2022, l'entitat GREMI DE JARDINERIA DE CATALUNYA (d'ara endavant, GREMI o la recurrent) va presentar al registre electrònic del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra els plecs que han de regir la licitació (recurs N-2022-0115).

En síntesi, el recurs es fonamenta en els següents motius: (i) La relació de personal mínim que exigeix el contracte, "*quant a categoria professional i salari professional, és incongruent o no s'ajusta, amb aquell personal que amb caràcter obligatori haurà de subrogar l'adjudicatari del contracte, en atenció a l'article 130 de la LCSP*". Així mateix, és qüestionada la legalitat del que disposa la clàusula 15 del PPT, en el sentit que *el nou adjudicatari hagi de revisar les categories professionals del personal a subrogar per tal d'ajustar-les a les requerides en el PCAP del contracte*. (ii) Incorrecta determinació del cost relatiu al personal adscrit a l'execució del contracte per omissió de determinats costos associats, en infracció dels articles 100,101.2 i 102.3 de la LCSP (cost del personal a subrogar i increments salarials per revisió a l'alça de les corresponents categories professionals).

Per aquests motius, sol·licita que es declari la nul·litat de l'apartat 1.3 del PCAP, relatiu al pressupost base de licitació, i, en particular, la partida relativa al cost de personal del lot 1. Mitjançant altresí sol·licita l'adopció de la mesura cautelar de suspensió del procediment de licitació.

TERCER. En data 28 de març de 2022, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar el recurs a l'Ajuntament i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP);

22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (RD 814/2015).

La documentació corresponent a l'expedient de contractació i l'informe de l'òrgan de contractació, així com les esmenes requerides per la Secretaria Tècnica del Tribunal van tenir entrada al Tribunal el 30 de març i el 7 d'abril de 2022.

L'òrgan de contractació -ex article 56 de la LCSP- sol·licita la desestimació del recurs. A aquests efectes, amb cita de diverses resolucions, reproduïx l'informe de data 30 de març de 2022 (document número 124 de l'expedient), d'acord amb el qual conclou que: (i) *“en el càlcul dels costos del personal necessari per a desenvolupar les feines del lot 1 s'han tingut en compte les categories professionals dels treballadors necessaris per a realitzar-les, independentment de les categories del personal a subrogar”,* (ii) *“en la taula on es detalla el personal a subrogar apareix un peó jardiner que en el moment de preparar la documentació estava cobrint la baixa d'un altre treballador, per tant els treballadors a subrogar són 6,”* i (iii) *“l'ajust de categories es considera viable, atès que en el càlcul dels costos dels plecs s'han tingut en compte categories superiors a les que tenen els treballadors a subrogar”.*

Així mateix, s'oposa a l'adopció de la mesura cautelar de suspensió sol·licitada.

QUART. En data 25 de març de 2022, l'ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (en endavant, ASEJA o la recurrent) va presentar recurs especial en matèria de contractació contra els plecs que han de regir la licitació en el registre electrònic SIR, amb destí a l'Ajuntament (recurs N-2022-0118).

En síntesi, ASEJA fonamenta el seu recurs en la vulneració dels articles 100, 101 i 102 de la LCSP i dels principis que regeixen en matèria de contractació, per tal que el pressupost base de licitació (*clàusula 1.3 del PCAP, reproduït en la memòria justificativa del contracte*) és erroni i insuficient en no cobrir els costos del servei:

- Pel que fa als costos salarials *“en el lote 1 se han previsto sólo costes salariales del convenio colectivo estatal de jardinería vigente año 2020, pero sin contemplar los pluses de personal a subrogar ni la antigüedad del mismo ”.* I afegeix que *“en el lote 1 si se incluye una partida que incluye, en parte, un incremento salarial (recordemos que los*

salarios vigentes son 2020), el resto de los lotes (2 y 3) no prevé estos incrementos” (“sic”).

- I, en relació amb el magatzem d'ús exclusiu, requerit a la clàusula 15 del PPT, manca de previsió del seu cost.

Per aquest motiu, ASEJA sol·licita (i) es deixin sense efecte “las disposiciones denunciadas y los documentos que las recogen (*PUNTO 3- PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN- DE LA CLAUSULA 1 DEL PCAP Y LA MEMORIA JUSTIFICATIVA DEL CONTRATO*), por la motivación expuesta y el propio procedimiento de contratación del cual forma parte” (“sic”)

Mitjançant altresí sol·licita la mesura cautelar de suspensió del procediment de licitació.

CINQUÈ. En data 29 de març de 2022, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar el recurs a l'Ajuntament i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb la normativa d'aplicació, i, en dates 30 de març i 7 d'abril de 2022, es va trametre l'expedient, l'informe de l'òrgan de contractació sobre el recurs i les esmenes requerides per la Secretaria Tècnica del Tribunal.

L'òrgan de contractació -ex article 56 de la LCSP- sol·licita la desestimació del recurs per tal que l'estudi de costos de personal està referenciat a preus de conveni de jardineria estatal vigent i pel servei previst, i manifesta que el preu base de licitació no s'ha de supeditar als costos de subrogació. A aquests efectes, reproduïx l'informe de data 28 de març de 2022 (document número 123 de l'expedient), quan manifesta que “*en el càlcul de costos de personal necessari per a desenvolupar les feines del lot 1 s'ha tingut en compte les categories professionals dels treballadors necessaris per a realitzar-les amb la referència dels imports del conveni vigent en el moment de la realització dels plecs. Aquest càlcul, tot i que s'ha fet independentment del personal a subrogar, ha tingut en compte que les categories professionals de la majoria de personal a subrogar haurà de millorar degut a que actualment aquestes categories, excepte l'encarregat, estan per sota del requerit en plecs. Tal com s'indica en plecs només el lot 1 és el que te previst la subrogació de personal, per aquest motiu no s'ha previst increment*”.

Finalment manifesta que, de conformitat amb el referit informe, “*s'ha de rectificar el darrer paràgraf de la prescripció 15 del plec de prescripcions tècniques, eliminant la referència a*

destinat exclusivament al present servei”, en relació amb el magatzem, atès que l'exclusivitat no es considera necessària.

Així mateix s'oposa a l'adopció de la mesura cautelar de suspensió sol·licitada.

SISÈ. En data 31 de març de 2022, s'emet informe tècnic de revisió de costos (document número 141), d'acord amb el qual, per tal de donar resposta als recursos especials de contractació que s'havien interposat contra el plec aprovats es va revisar l'estudi de costos i es va comprovar que presentava dos aspectes a corregir:

Per una banda en el càlcul de costos de personal que ha de desenvolupar les feines s'ha tingut en compte imports del conveni vigent en el moment de la realització dels plecs, però en el moment de la publicació dels plecs els imports del conveni s'havien actualitzat, la qual cosa no ha quedat reflectida en el cost del servei.

Per altre costat en els plecs tècnics es requereix un magatzem per part del contractista que serà utilitzat com a base operativa del servei que serà destinat per a us del personal, vehicles i eines. en l'estudi de costos del servei no s'ha incorporat cap import per al lloguer i manteniment d'aquesta instal·lació degut a un error material.

Conclusions:

La revisió de l'estudi de costos del servei fa incrementar el pressupost anual del contracte fins a 679.380, 17 euros, que implica un augment anual de 38.490,83 € iva inclòs.

L'increment de cost de personal (sense despeses ni iva) amb l'actualització dels imports del conveni vigent ascendeix a 9.393,80 € que correspon aproximadament un 2% sobre el pressupost.

L'increment de cost al incorporar l'import del magatzem (sense despeses indirectes ni iva) ascendeix a 18.880 € que correspon aproximadament un 4 % sobre el pressupost.

Es proposa modificar l'import del contracte i el valor estimat del contracte, en les quantitats que correspongui segons els càlculs adjunts, i les partides pressupostàries corresponents si s'escau.

En aquesta mateixa data es va rectificar l'estudi de costos del servei, es va emetre una nova memòria justificativa del contracte, es va modificar el PPT (clàusula 15, eliminant la referència al destí exclusiu al servei del magatzem) i també l'annex de les taules salarials vigents. Com a conseqüència de tots aquests canvis, també es va modificar el PCAP.

SETÈ. En data 4 d'abril de 2022, el ple de l'Ajuntament va adoptar el següent acord (document número 159 de l'expedient):

Primer.- Rectificar i aprovar la memòria justificativa de contractació, emesa en data 31/3/2022 i l'expedient de contractació, del contracte mixt pel servei de manteniment del verd urbà d'Argentona, mitjançant procediment obert, subjecte a regulació harmonitzada, i per tramitació ordinària

Segon.- Rectificar i aprovar, de conformitat amb el que es preveu als articles 122, i 124 de la LCSP 9/2017, el Plec de Clàusules Administratives Particulars i el Plec de Prescripcions Tècniques, emesos en data 31/3/2022, que han de regir el contracte mixt pel servei de manteniment del verd urbà d'Argentona, mitjançant procediment obert, subjecte a regulació harmonitzada, i per tramitació ordinària.

Tercer.- Ampliar el termini de presentació del termini de proposicions de 35 dies naturals a comptar des de la data d'enviament de l'anunci de licitació a l'Oficina de Publicacions de la Unió Europea.

Quart.- Autoritzar la despesa derivada del present contracte, en relació al preu anual, a càrrec de les aplicacions del vigent pressupost municipal i adquirir-se el compromís de consignar en pressupostos futurs les quantitats necessàries per fer front a les despeses derivades d'aquest:

Any	import anual	import anual	import total (iva inclòs)
	manteniment i neteja (iva inclòs)	obres inversió (iva inclòs)	
2022	339.690,09 €	79.194,50 €	418.884,59 €
2023	679.380,18 €	79.194,50 €	758.574,68 €
2024	679.380,18 €	79.194,50 €	758.574,68 €
2025	679.380,18 €	79.194,50 €	758.574,68 €
2026	679.380,18 €	79.194,50 €	758.574,68 €
2027	339.690,09 €		339.690,09 €

Cinquè.- Publicar en el perfil del contractant la documentació prevista en l'art.63 de la LCSP 9/2017.

Sisè.- Delegar amb l'Alcaldia la convocatòria de les meses de contractació i els requeriments de documentació previs a l'adjudicació, i altres actes de tràmit."

En data 5 d'abril de 2022, es va publicar l'anunci corresponent en el perfil de contractant de l'Ajuntament i les versions esmenades dels següents documents: informe estudi de despeses, memòria justificativa, PCAP, PPT i annex 2 relatiu a costos del servei.

El termini de presentació d'ofertes va ser ampliat fins el dia 10 de maig de 2022. Així mateix, en data 8 d'abril de 2022 es va publicar l'anunci de modificació de la licitació en el DOUE S70.

VUITÈ. En data 28 d'abril de 2022, l'entitat GREMI DE JARDINERIA DE CATALUNYA (en endavant GREMI o recurrent) va presentar al registre electrònic del Tribunal recurs especial en matèria de contractació contra aquests nous plecs (recurs N-2022-0165).

En síntesi, el recurs es fonamenta en els següents motius:

- En data 25 de març de 2022 va interposar recurs especial contra els plecs inicials de la licitació (N-2022-115) per la incorrecta determinació del cost relatiu al personal adscrit a l'execució del contracte, degut a l'omissió de determinats costos associats, amb infracció dels articles 100,101.2 i 102.3 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la que es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant LCSP). Les despeses incorrectes eren el cost del personal a subrogar i els increments salarials per revisió a l'alça de les corresponents categories professionals.
- En data 4 d'abril de 2022, el ple de l'Ajuntament va aprovar la rectificació del PCAP i del PPT i, havent revisat el seu contingut, constata que el *"PBL no ha estat degudament esmenat per l'òrgan de contractació, doncs continua havent-hi un desequilibri entre el cost real d'execució del contracte i el pressupostat pel que fa als costos laborals del contracte"*.

Per aquests motius, sol·licita es declari la nul·litat de l'apartat 1.3 del PCAP, relatiu al PBL, concretament la partida corresponent a cost de personal del lot 1. Mitjançant altressí sol·licita l'adopció de la mesura cautelar de suspensió del procediment de licitació.

NOVÈ. En data 29 d'abril de 2022, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar el recurs a l'Ajuntament i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb la normativa d'aplicació i, en dates 3, 17 i 31 de maig de 2022, es va trametre l'expedient, l'informe de l'òrgan de contractació sobre el recurs i les esmenes requerides per la Secretaria Tècnica del Tribunal.

L'òrgan de contractació -ex article 56 LCSP: (i) s'oposa a l'admissió del recurs, per la falta d'acreditació de la representació de la persona que signa el recurs i (ii) sol·licita la seva desestimació, per tal que en el càlcul de costos de personal necessari per a desenvolupar les feines del lot 1 *"s'han tingut en compte les categories professionals dels treballadors necessaris per realitzar-les independentment de les categories del personal a subrogar"*, i *"en la taula on es detalla el personal a subrogar apareix un peó jardiner que en el moment de preparar la licitació estava cobrint la baixa d'un altre treballador llistat a la mateixa taula"*, el qual manifesta que ja s'ha incorporat. En base a l'anterior, sosté que *"la relació de treballadors a subrogar són 6 persones i les justificacions econòmiques presentades a l'escrit de recurs per justificar el desequilibri econòmic degut a la subrogació de 7 treballadors no es considera correcte"*.

Tanmateix s'oposa a l'adopció de la mesura cautelar de suspensió sol·licitada.

DESÈ. Obert el període d'al·legacions a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, en tots tres recursos, cap va fer ús del tràmit.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació de conformitat amb l'article 46 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. Amb caràcter previ a altres qüestions, el Tribunal aprecia entre els recursos N-2022-115, N-2022-118 i N-2022-165 una identitat substancial i una íntima connexió que, d'acord amb l'article 20 del Decret 221/2013 i 57 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPAC), el faculden per procedir a la seva acumulació, la qual, conformement amb el que estableix també l'article 13 del RD 814/2015, constitueix una potestat del Tribunal que pot acordar a iniciativa pròpia.

Els recursos presentats tenen per objecte els plecs que estableixen les condicions de la licitació d'un mateix expedient de contractació, qüestió aquesta sobre la qual pivoten, en essència, totes les al·legacions plantejades en els recursos, amb les consideracions que s'efectuen en el fonament de dret quart.

Per tant, d'acord amb el principi d'economia procedimental, escau acumular els recursos, per resoldre'ls en un únic procediment i mitjançant una única resolució.

TERCER. La licitació es tramita per un poder adjudicador, el contracte ve qualificat en els plecs com a contracte mixt d'obres i serveis i el seu valor estimat (VEC) és de 3.380.601,63 euros, dels quals corresponen al :

- lot 1 - 1.915.268,83 euros.
- lot 2 - 1.030.518,75 euros.
- lot 3 - 434.814,05 euros.

D'acord amb aquestes dades, el contracte impugnat és susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

QUART. Els recursos N-2022-0115 i N-2022-0118 es dirigeixen contra els plecs inicials que estableixen les condicions de la licitació. El recurs N-2022-0165 té per objecte els plecs aprovats en data 4 d'abril de 2022, que rectifiquen els plecs inicials amb posterioritat a la interposició dels esmentats recursos.

En conseqüència, són actes objecte del recurs especial en matèria de contractació segons l'article 44.2 a) de la LCSP.

CINQUÈ. Determinada la competència del Tribunal per raó del contracte i l'acte impugnat, cal posar en relleu la concurrència d'una causa obstativa per a l'anàlisi de la resta dels requisits d'admissió dels recursos N-2022-0115 i N-2022-0118 i el fons de l'assumpte, amb motiu de l'acord de 4 abril de 2022, pel qual, amb posterioritat a la interposició dels referits recursos, l'òrgan de contractació va procedir a rectificar i aprovar novament els plecs rectors de la licitació.

Cal considerar, en primer terme, les circumstàncies que concorren en el cas examinat, en què el procediment es troba en una fase de tramitació inicial i l'acord adoptat per l'òrgan de contractació suposa la retroacció d'actuacions a la fase prèvia d'aprovació de l'expedient i dels plecs, amb nova aprovació d'aquests, esmenats, i l'establiment d'un nou termini per presentar proposicions, publicant-se en forma la modificació acordada.

Doncs bé, les anteriors consideracions permeten apreciar que, amb dita actuació, l'òrgan de contractació ha modificat els plecs, retrotraient les actuacions d'aquest procediment al moment de la publicitat dels plecs i l'establiment del nou termini de presentació de les ofertes, en compliment d'allò disposat pels articles 122.1 i 136.2 de la LCSP. Això comporta, en seu dels recursos dirigits contra la documentació contractual de la licitació, com ara el PCAP impugnat, que l'òrgan de contractació ha deixat sense efectes amb l'aprovació dels nous

plecs, la desaparició de l'objecte del recurs per decisions posteriors que l'han privat d'eficàcia (per totes, les resolucions 35/2022, 359/2021, 358/2021, 182/2021, 181/2021, 117/2021 i 116/2021)

En conseqüència, d'acord amb la doctrina citada, als efectes dels recursos N-2022-0115 i N-2022-0118, concorre una causa obstativa per a la continuació del procediment per causes sobrevingudes que, d'acord amb l'article 84.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), porta el Tribunal a haver d'inadmetre ambdós recursos per pèrdua sobrevinguda de llur objecte.

Això no afecta el dret de defensa de les empreses recurrents, que tenien la possibilitat de mantenir l'acció exercida impugnant els plecs modificats, si consideraven que es mantenien les mancances que ells al·legaven en la nova documentació contractual, obtenint d'aquesta manera una resolució quant al fons, com s'observa que va realitzar el GREMI en presentar nou recurs, que és el que centrarà la fonamentació jurídica següent en la present resolució.

SISE. Continuant amb l'anàlisi jurídica del recurs N-2022-0165 i atenent el caràcter associatiu de la recurrent, el GREMI ha aportat un certificat acreditatiu de l'acord del seu òrgan de govern favorable a la interposició del recurs, als efectes de l'anàlisi de la seva legitimació i capacitat processal, d'acord amb la doctrina que resulta d'aplicació (per totes, les resolucions 394/2019, 359/2019, 280/2019, 93/2019, 59/2018, 40/2018, 13/2018, 163/2017 i 142/2017, en consonància amb la resta de tribunals de recursos contractuals i la jurisprudència del Tribunal Suprem reflectida, també per totes, en les sentències de 9 de maig de 2011, 5 de maig de 2010 i 5 de novembre de 2008).

És per això que, atenent a l'objecte i fins de l'entitat que resulten dels seus estatuts, concordants amb l'objecte de la licitació impugnada, el Tribunal aprecia que el GREMI pot tenir drets i interessos afectats per les condicions de la licitació que impugna, en la defensa i representació col·lectiva que s'atribueix en el recurs, i, per tant, legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

Si bé l'òrgan de contractació s'oposa a l'admissió del recurs en entendre que falta l'acreditació de la representació de la persona que firma el recurs, aquest Tribunal constata que ha quedat acreditada la seva representació per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

SETÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini legal de 15 dies hàbils establert a l'article 50.1 a) de la LCSP. També s'ha presentat en forma ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

VUITÈ. Entrant a analitzar les al·legacions materials del recurs, la recurrent retreu la incorrecta determinació del cost relatiu al personal adscrit a l'execució del contracte i la insuficiència de la corresponent partida pressupostada, amb infracció dels articles 100,101.2 i 102.3 de la LCSP.

Al·lega que la relació del personal mínim que exigeix el contracte, quant a categoria i salari professional, *“és incongruent amb aquell personal que amb caràcter obligatori haurà de subrogar l'adjudicatari del contracte en el lot 1”*. Així, sosté que el personal a subrogar està format per: *cinc (5) auxiliars de jardineria, un (1) peó de jardiner i (1) encarregat, és a dir un total de 7 treballadors, amb un cost salarial brut en conjunt de 142.089,9 euros (d'acord amb la informació facilitada per l'actual adjudicatari)*. En tant que el personal mínim requerit per al servei de jardineria en els plecs és: *un (1) tècnic, un (1) encarregat (2) oficials de jardiner (1) oficial de fontaner (2) jardineros (1) auxiliar de jardiner*.

Afegeix que les categories professionals del personal que actualment presta el servei de manteniment del lot 1 i que són objecte de subrogació, no es corresponen amb les categories requerides en els plecs i qüestiona la legalitat de la disposició del l'apartat 15 del PPT que estableix que el nou adjudicatari haurà de revisar les categories professionals del personal a subrogar per tal d'ajustar-les a les previstes en el PCAP.

Vindica que, d'acord amb els articles 100 i 101.2 de la LCSP, no resulta admissible que el PBL i el VEC siguin insuficients per donar cobertura als costos reals del servei. La part actora indica que *“el cost de personal calculat en l'import de 221.354,60 euros, d'acord amb el pressupost base de licitació, és inferior al cost real de personal que resulta si atenem a les disposicions i obligacions del PCAP”*. Així, defensa que s'ha de considerar que el cost derivat del personal a subrogar, segons dades facilitades per l'actual prestador del servei és *el cost brut de personal format per 7 empleats i que ascendeix a 142.089,9 euros, al que s'hauria d'afegir el cost de cotitzacions a la Seguretat Social (35%)*. En base a l'anterior, sosté que l'adjudicatari haurà de fer front a un cost mínim de 191.821,37 euros, per assumir el cost del personal a

subrogar. Adjunta, com annex número 3 al recurs, full amb els càlculs relatius a l'equip de treball requerit en el PCAP i els costos mínims relatius al personal objecte de subrogació forçosa (7 treballadors). Afegeix que tampoc es consideren els increments salarials que comportarà la revisió a l'alça de les corresponents categories professionals.

Adicionalment, manifesta que, en data 29 de març de 2022, va ser aprovat el nou conveni col·lectiu estatal de jardineria (2021-2024), “*que serà objecte de publicació en les properes setmanes*”, i, per tant, resultaran d'aplicació al contracte les noves taules salarials, on s'hi preveuen increments salarials i altres conceptes, circumstància que haurà de ser tinguda en compte en cas d'estimar-se el recurs.

Conclou que tot l'anterior acredita la inviabilitat econòmica del lot 1 amb les dotacions econòmiques previstes als plecs, la qual cosa deriva en un desequilibri econòmic i un enriquiment injust en favor de l'administració pública, conculcant els principis de contractació que emanen de l'article 1 de la LCSP. Per l'exposat, sol·licita l'anul·lació de l'apartat 1.3 del PCAP, concretament la partida relativa al cost de personal del lot 1.

Per la seva banda, l'ajuntament oposa que en el seu informe tècnic, de data 2 de maig de 2022, s'explica el següent:

“..... Vist l'escrit adjunt a l'expedient, la tècnica que sota signa informa el següent seguint els paràgrafs :

Tercer.- Error en la determinació del cost de personal destinat a l'execució del Contracte. Insuficiència de la corresponent partida pressupostada en infracció dels articles 100, 101.2 i 102.3 de la LCSP.

La primera consideracióés que la relació de personal mínim que exigeix el Contracte, quan a categoria professional i salari professional, és incongruent o no s'ajusta amb aquell personal que amb caràcter obligatori haurà de subrogar l'adjudicatari del Contracte en atenció a l'article 130 LCSP.

En el càlcul de costos de personal necessari per a desenvolupar les feines del lot 1 s'ha tingut en compte les categories professionals dels treballadors necessaris per a realitzar-les independentment de les categories del personal a subrogar seguint els criteris que indica la llei.

En efecte, si atenem a la taula transcrita supra on s'hi detalla el personal a subrogar s'observa que aquest està format pel següent personal: cinc (5) auxiliars de jardineria, un (1) peo de jardiner i (1) encarregat, és a dir un total de 7 treballadors,

En la taula on es detalla el personal a subrogar apareix un peó jardiner que en el moment de preparar la documentació estava cobrint la baixa d'un altre treballador llistat a la mateixa taula. Actualment el treballador en baixa laboral ja s'ha incorporat i la relació de treballadors a subrogar son 6 persones, 1 encarregat i 5 auxiliars.

Les justificacions econòmiques presentades a l'escrit del recurs per justificar el desequilibri econòmic degut a la subrogació de 7 treballadors no es considera correcte ja que el personal a subrogar són 6 treballadors. ..."

Per tot això, defensa, amb cita de diverses resolucions, que no resulta dels articles 100.2, 101.2 i 102.3 de la LCSP l'obligatorietat d'incloure en el PBL i el VEC els costos de subrogació en un contracte de serveis, i, en conseqüència, sol·licita la desestimació del recurs, "ja que en el càlcul de costos de personal necessaris per desenvolupar les feines del lot 1 s'han tingut en compte les categories professionals dels treballadors necessaris per a realitzar-les independentment de les categories del personal a subrogar". Així mateix, afegeix que les justificacions econòmiques presentades a l'escrit del recurs no són correctes, atès que el personal a subrogar són 6 treballadors.

NOVÈ. Centrades les posicions de les parts, que pivoten al voltant del càlcul del PBL, en particular la partida corresponent al cost de personal del lot 1, que la recurrent considera insuficient per cobrir els costos del servei, resulta necessari analitzar allò previst en el PCAP així com la justificació efectuada en la memòria justificativa.

Per una banda, la clàusula 1.3 del PCAP relativa al PBL, en el mateix sentit que la memòria justificativa, pel que fa al lot 1, preveu:

1.3) Pressupost base de licitació

El pressupost base de licitació de la contractació es desglossa pels diferents lots en els conceptes següents:

Import anual de manteniment i neteja	LOT 1
	JARDINERIA
Personal	221.354,60 €
Vehicles i maquinària pesada	31.472,08 €
Maquinària lleugera	5.274,82 €
Eines i utilitatge	5.460,00 €
Consumibles	4.809,02 €
Materials	9.600,00 €
Instal·lacions	10.800,00 €
PRESSUPOST D'EXECUCIÓ MATERIAL	288.770,52 €
PRESSUPOST D'EXECUCIÓ PER CONTRACTE ABANS IVA (Despeses Generals 13% i Benefici industrial 6%)	343.636,92 €
base IVA 21% (40% manteniment)	137.454,77 €
IVA 21%	28.865,50 €
base IVA 10% (60% neteja)	206.182,15 €
IVA 10%	20.618,22 €
IVA total	49.483,72 €
PRESSUPOST ANUAL D'EXECUCIÓ PER CONTRACTE (IVA inclòs)	393.120,64 €

De conformitat al que disposa l'art. 100 LCSP en el preu base de licitació s'han desglossat, entre altres, els costos salarials, desglossant-se a continuació per categories professionals cadascun dels tres lots.

En el sistema de determinació de preus dels presents plecs es desglossa el pressupost base de licitació amb els costos directes i indirectes.

(...)

El sistema de determinació de preus ha estat :

El preu del contracte es formula en termes de preus aplicables a un tant alçat a la totalitat de prestacions del contracte. El sistema de determinació de preus ha tingut en compte les taules salarials del conveni de jardineria vigent i el preu de mercat de maquinària, vehicles i materials.

Per al control de qualitat del servei, segons l'annex 3, els preus unitaris que serviran de referència com a base seran els de l'ITEC BEDEC Banc Construcció 2021-01 per volums

d'obra d'urbanització amb PEM 0.402 M tipus de preu BPL FR-obres d'urbanització-jardineria i mesures correctores d'obra.

En el càlcul del pressupost base de licitació (art. 100.2 de la LCSP/2017) i del valor estimat d contracte (art. 101.2 de la LCSP/2017) s'ha de desglossar l'import dels costos directes indirectes del contracte.

(...)

Càlcul de costos directes i indirectes del servei.

	LOT 1 JARDINERIA
Costos DIRECTES per any de contracte	288.770,52 €
Personal	221.354,60 €
Vehicles i maquinària pesada	31.472,08 €
Maquinària lleugera	5.274,82 €
Eines i utilitatge	5.460,00 €
Consumibles	4.809,02 €
Materials	9.600,00 €
Instal·lacions	10.800,00 €
costos INDIRECTES per any de contracte	54.866,40 €
Costos d'Estructura (13%)	37.540,17 €
Costos de Benefici Industrial (6%)	17.326,23 €
suma de COSTOS DIRECTES I INDIRECTES	343.636,92 €
Total IVA 21% (40% manteniment)	28.865,50 €
Total IVA 10% (60% neteja)	20.618,22 €
Total IVA	49.483,72 €
suma total de COSTOS DIRECTES E INDIRECTES AMB IVA	393.120,63 €

La referida clàusula 1.3 del PCAP, pel que fa a les despeses de personal del lot 1, inclou el següent desglossament:

LOT 1 – PARCS, JARDINS I PLACES

Personal	període	preu unitari	nombre	dedicació %	total
Tècnic	any	35.818,36 €	1	15%	5.372,75 €
Encarregat	any	28.497,26 €	1	100%	28.497,26 €
Oficial jardiner	any	27.302,71 €	2	100%	54.605,42 €
Oficial fontaner CAMIONER AMB CUBA	any	27.302,71 €	1	100%	27.302,71 €
Jardiner	any	25.998,00 €	2	100%	51.996,01 €
Auxiliar jardiner	any	24.980,85 €	1	100%	24.980,85 €
Substitucions durant vacances i baixes	any	28.599,60 €	1	100%	28.599,60 €
				Personal	221.354,60 €

A l'annex 2 "costos del servei_ RECTIFICAT" s'inclou el següent càlcul:

Taula salarial segons conveni jardineria vigent (BOE-A-2018-1788)

	any 2020	plus transport 2020	plus vestuari 2020	plus perillositat 2020	total mensual	total pagues extres	pagues mensuals + extres	total anual	costos socials (35%)	total anual
tècnic diplomad	1.648,92 €	115,69 €	34,17 €		1.798,78 €	1.648,92 €	12 + 3	26.532,12 €	9.286,24 €	35.818,36 €
tècnic titulat	1.529,18 €	115,69 €	34,17 €	27,18 €	1.706,22 €	1.529,18 €	12 + 3	25.062,18 €	8.771,76 €	33.833,94 €
encarregat	1.265,64 €	115,69 €	34,17 €	27,18 €	1.442,68 €	1.265,64 €	12 + 3	21.109,08 €	7.388,18 €	28.497,26 €
tècnic no titulat	1.397,80 €	115,69 €	34,17 €	27,18 €	1.574,84 €	1.397,80 €	12 + 3	23.091,48 €	8.082,02 €	31.173,50 €
oficial	1.206,65 €	115,69 €	34,17 €	27,18 €	1.383,69 €	1.206,65 €	12 + 3	20.224,23 €	7.078,48 €	27.302,71 €
jardiner	1.142,22 €	115,69 €	34,17 €	27,18 €	1.319,26 €	1.142,22 €	12 + 3	19.257,78 €	6.740,22 €	25.998,00 €
auxiliar	1.091,99 €	115,69 €	34,17 €	27,18 €	1.269,03 €	1.091,99 €	12 + 3	18.504,33 €	6.476,52 €	24.980,85 €

I, respecte al personal a subrogar, consta, tant a la clàusula 3.a.2) del PCAP com en el perfil de contractant, el quadre del personal a subrogar (annex personal a subrogar):

3.a.2) Informació sobre les condicions de subrogació en contractes de treball

De conformitat al conveni Resolución de 25 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la jardinería, el dret de subrogació abastarà exclusivament al personal següent:

Personal	Data antiguitat	Categoria professional	Tipus contracte	Salari brut anual	Jornada	Venciment contracte	Salari per sobre conveni
ALDIA	23/3/2017	AUXILIAR JARDINERIA	401	19.379,85 €	100%	-	259,42 €
BAMAI	5/12/2016	AUXILIAR JARDINERIA	100	19.379,85 €	100%	-	292,73 €
CEGAF	6/4/2006	AUXILIAR JARDINERIA	100	21.633,00 €	100%	-	0,00 €
FEROA	2/1/2017	AUXILIAR JARDINERIA	189	19.379,85 €	100%	-	489,39 €
FOPUF	1/7/2014	AUXILIAR JARDINERIA	100	19.379,85 €	100%	-	972,11 €
MAHEJC	11/3/2021	PEO JARDINER	410	18.033,60 €	100%	Substi baixa SOE CEGAF	
TOSAD	30/5/2002	ENCARREGAT	100	24.903,90 €	100%		3.955,84 €

Conveni col·lectiu del sector de la jardineria codi de conveni número 99002995011981

Consta a l'expedient requeriment efectuat a l'entitat que presta el servei, per una consulta formulada, per aportar els pactes en vigor de les persones treballadores (document 0167_Llistat subrogació jardins Argentona):

LLISTAT SUBROGACIÓ JARDINS ARGENTONA

ANY 2022

PERSONAL	DATA ANTIGUITAT	DATA NAIXAMENT	CATEGORIA PROFESIONAL	TIPUS CONTRACTE	SAL.BASE	ANTIG	PLUS TRANSP	PLUS PREND TRAB	EXTRA CONVENI		c. personal	COST SEGURIDAD SOCIAL	SALARI BRUT ANUAL	TOTAL COST ANUAL	JORNIADA
									PLUS PENOSO TOX, PELIG						
ALDIA	23/03/2017	14/10/1994	AUXILIAR JARDINERIA	401	1.133,66	25,32	115,69	34,71	67,95			7.094,94	20.271,26	27.366,20	100%
AUMAM	25/04/2022	19/12/1976	AUXILIAR JARDINERIA	410	1133,66	0	115,69	34,71	67,95			6.962,01	19.891,46	26.853,47	100%
CEGAF	06/04/2006	07/07/1963	AUXILIAR JARDINERIA	100	1133,66	175,53	115,69	34,71	67,95			7.883,54	22.524,41	30.407,95	100%
FEROA	02/01/2017	01/04/1972	AUXILIAR JARDINERIA	189	1133,66	25,32	115,69	34,71	67,95			7.094,94	20.271,26	27.366,20	100%
FOPUF	01/07/2014	02/05/1989	AUXILIAR JARDINERIA	100	1133,66	70,18	115,69	34,71	67,95			7.330,46	20.944,16	28.274,62	100%
MAHEJC	11/03/2021	05/08/1976	AUXILIAR JARDINERIA	189	1.133,66	0	115,69	34,71	67,95			6.962,01	19.891,46	26.853,47	100%
TOSAD	30/05/2002	18/07/1969	ENCARREGAT	100	1.307,31	219,94	115,69	34,71	67,95		3.754,08	10.342,29	29.549,39	39.891,68	100%

Conveni col·lectiu del sector de la jardineria 2018-2024

Per tant, de tot l'exposat, es pot extreure que:

- En relació amb el PBL del lot 1, que és de 393.120,64 euros, consta desglossament dels costos directes i indirectes del servei, tal com es reproduïx *ut supra*.
- La clàusula 15 del PPT estableix que “*El contractista garantirà el personal facultatiu, tècnic i auxiliar necessaris per dur a terme les feines d'aquest plec que, com a mínim serà el personal indicat en l'estudi de costos del servei*”. D'acord amb el PCAP el personal que s'ha considerat en el càlcul del PBL del lot 1 és el següent: 1 tècnic, 1 encarregat, 2 oficials jardiniers, 1 oficial fontaner, 2 jardiniers i 1 auxiliar jardiner. Doncs bé, en relació amb aquest personal s'indiquen les despeses salarials amb desagregació de les categories professionals exigides en els plecs, indicant que no procedeix la desagregació de gènere, per tal que el conveni laboral de referència no ho contempla.
- En el quadre del personal a subrogar es relacionen 7 treballadors. Respecte d'això manifesta l'òrgan de contractació -ex article 56 de la LCSP- que apareix en la taula on es detalla el personal a subrogar un peó jardiner que estava cobrint la baixa d'un altre treballador que ja s'ha incorporat i, en conseqüència, els treballadors a subrogar són 6: 1 encarregat i 5 auxiliars de jardineria. D'acord amb la clàusula 15 del PPT “*el personal que actualment presta el servei de manteniment del lot 1 disposa de drets referents a la subrogació, tot i que les categories s'han de revisar ja que no s'ajusten a les tasques desenvolupades*”.

L'anàlisi de les alegacions de la part actora, doncs, passa per comprovar si s'ha produït una contravenció d'allò previst pels articles 100 i 101 de la LCSP, tot tenint en compte que en el PBL del present contracte té una clara incidència la mà d'obra. Així, l'article 100.2 de la LCSP disposa el següent (el subratllat és nostre):

“ 2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. 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”.

Quant al desglossament dels costos del contracte, aquest precepte es complementa amb els conceptes que indica l'article 101.2 de la LCSP per configurar el VEC, que als efectes que interessin al cas que s'examina són els següents (el subratllat també és nostre):

“ 2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de 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. Asimismo, deberán tenerse en cuenta:

a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

b) Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.

c) En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.” (el subratllat és nostre)

I, pel que fa al preu dels contractes, l'article 102.3 de la LCSP, després d'indicar que els òrgans de contractació han de tenir cura que el preu sigui adequat pel compliment efectiu del contracte mitjançant l'estimació correcta del seu import, tenint en compte el preu general de mercat, en el moment de fixar el pressupost base de licitació i l'aplicació, si s'escau, de les normes sobre ofertes amb valors anormals o desproporcionats, exposa que:

“En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.”

A l'hora de valorar la completesa de la informació continguda al plec i la correcció del càlcul del VEC, cal tenir en compte que, tot i la no coincidència entre els preceptes anteriorment citats, quant a les partides de despesa a incloure en un i altre concepte econòmic -PBL i VEC- i la manca de definició de cadascuna d'elles, els conceptes enumerats per l'article 101.2 de la LCSP pel VEC integren també el PBL en la mesura que els costos a què fa referència l'article 100.2 de la LCSP es concreten en els que detalla l'article 101.2 de la LCSP. En general, els costos directes determinen el pressupost de licitació i l'oferta a la baixa que pugui arribar a proposar-se pel licitador afectarà particularment als conceptes de despeses generals d'estructura i de benefici industrial.

D'acord amb això, el contingut dels articles 100.2 i 101.2 de la LCSP, duu a afirmar que els càlculs del PBL i del VEC dels contractes s'han de dur a terme tenint en compte, si més no:

- 1) els costos laborals derivats de l'aplicació del conveni col·lectiu sectorial d'aplicació -que hauran de desglossar-se en el PCAP o document regulador de la licitació per categories professionals i gènere-;
- 2) els altres costos -directes o indirectes- que resulten necessaris per a l'execució material del contracte;
- 3) els costos vinculats a les despeses generals d'estructura;
- 4) el cost del benefici industrial que correspongui.

Per tal que, tenint en compte el coneixement troncal de tots aquests costos, es procuri que en la fixació del PBL l'import del contracte atengui al preu general de mercat, i sigui adequat a l'efectiu compliment del contracte mitjançant l'efectiva estimació del seu import, d'acord amb l'article 102.3 de la LCSP. Aspectes, tots ells, que d'acord amb una lectura conjunta dels

articles 100, 101 i 102 en relació amb els articles 28 i 116.4 d) de la LCSP hauran de quedar adequadament justificats en l'expedient.

Per tant, en la motivació del VEC i dels conceptes que l'integren, s'haurà de tenir en compte tots els dictats dels articles 100, 101 i 102 de la LCSP.

Dit això, i respecte els retrets que efectua la recurrent en relació amb el personal mínim que exigeix el contracte, quant a categoria i salari professional, que no s'ajusta amb el personal que amb caràcter obligatori s'ha de subrogar, cal partir de la potestat discrecional de que gaudeix l'administració, que és qui coneix les seves necessitats de contractació, a l'hora de dissenyar el contracte i determinar les característiques dels serveis a prestar que considera òptimes per donar satisfacció a les necessitats públiques a cobrir, el que inclou en la present licitació les categories professionals requerides per a la prestació del servei. Tot això, a fi de garantir, en connexió a l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de les despesa, una eficient utilització dels fons públics ex article 1 de la LCSP (entre moltes altres, les resolucions 356/2021, 323/2019, 10/2019, 240/2018, 133/2018, 131/2018, 127/2018, 88/2018, 158/2017 i 196/2016 d'aquest Tribunal i 621/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC-).

Al respecte de si el PBL d'aquesta licitació no s'ha determinat correctament pel fet que és insuficient per fer front a les despeses del personal a subrogar, aquesta circumstància no vicia la determinació d'aquesta magnitud econòmica ni la fixació del preu del contracte de forma ajustada pel seu compliment efectiu, en la mesura que els articles 100.2, 101.2 i 102.3 de la LCSP, invocats en el recurs, vinculen la correcta determinació del preu als costos que compregui en cada cas l'execució del contracte que es licita, determinats segons el conveni laboral del sector de referència.

Certament, l'obligació ex article 130 de la LCSP queda circumscrita a informar de les condicions laborals del personal laboral que ve executant el contracte, però no prejutja l'existència i abast de l'obligació de subrogació del personal que ve prestant el servei (en aquest sentit, entre d'altres resolucions número 237/2022 i 26/2022 d'aquest Tribunal, resolució número 1173/2022 del TACRC i Sentència del TS Sala Social 902/2022 d'11 de novembre de 2022), en la mesura que la subrogació laboral és, certament, una dada, però no l'única, a tenir en compte per l'òrgan de contractació en la confecció de la futura licitació i l'ajust del PBL a preus de mercat (resolucions 403/2021, 402/2021, 397/2020 i 178/2020 del Tribunal, 1162/2018 del TACRC, 102/2018 i 42/2018 del Tribunal Administrativo de

Contratación Pública de la Comunidad de Madrid –TACPM- i Acord 90/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

El fet que els costos de subrogació puguin ser superiors als costos laborals estimats en el PBL i el VEC, per raó de preveure un nombre de persones treballadores, categoria professional i/o d'hores de servei diferent al computat per la part recurrent, no invalida la determinació d'aquestes magnituds econòmiques (per totes, resolució 356/2021). Altrament, aquesta tesi faria dependre el pressupost de licitació del preu que indiqui l'empresa sortint i faria assumir a l'entitat contractant uns costos d'indemnització i/o d'altres mesures organitzatives en l'àmbit laboral que corresponen a les empreses i no a l'òrgan de contractació.

Això és així perquè a l'hora de licitar un contracte i fixar-ne els elements econòmics l'òrgan de contractació ha de subjectar-se als principis i objectius d'eficiència i estabilitat pressupostària que estableix l'article 1 de la LCSP i l'ha de projectar d'acord amb les necessitats concretes que tingui en cada moment, conformement amb els articles 28 i 101.10 a) de la LCSP, corresponent a l'empresa que resulti contractista -la qual, com totes les empreses licitadores, ha de disposar a través dels plecs de la informació necessària sobre els costos que pot implicar la mesura de la subrogació del personal- l'assumpció, gestió i organització del personal adscrit a la prestació del servei, podent adscriure el personal subrogat a aquest o a altres serveis o, fins i tot, prescindir-ne, d'acord amb la normativa laboral, essent possible també que determinades persones treballadores de forma voluntària no es subroquin (en aquest sentit, a més de les ja citades, les resolucions 353/2020, 131/2020 i 50/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, 695/2019 i 156/2019 del TACRC, 137/2019 i 104/2018 del TACPM i 5/2019 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi –OARCE-).

En definitiva, no correspon a l'administració assumir, a través de la seva inclusió en el PBL, costos que no constitueixin retribució pel servei contractat, sinó contingències o vicissituds que entrin dins l'àmbit o puguin afectar la relació jurídica que s'estableixi entre l'empresari contractista i les seves persones treballadores (en aquest sentit, a més de les ja citades, les resolucions 356/2021 i 323/2021 d'aquest Tribunal, 52/2021 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales d'Euskadi i 481/2019 i 729/2018 del TACRC).

Així, en relació amb les manifestacions de la recurrent relatives a la necessitat de revisar les classificacions del personal a subrogar, aprecia aquest Tribunal que les despeses de personal considerades per al càlcul del PBL desglessen les categories professionals que en el disseny

d'aquesta licitació es requereixen. En conseqüència, quant a aquest extrem i a la resta de vicissituds que puguin afectar a les condicions de subrogació entre l'empresa contractista i el personal que ve executant les prestacions, el seu coneixement i resolució constitueixen una matèria que queda residenciada en la competència dels òrgans administratius i judicials de l'àmbit laboral i social, no a la jurisdicció contenciosa administrativa ni a aquest Tribunal (en aquest sentit, a més de les ja citades, les resolucions 159/2023, 376/2019, 144/2019, 48/2019 i 293/2018, la Resolució 662/2018 del TACRC i les resolucions 169/2018, 59/2018, 21/2018 i 118/2013 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi).

Per altra part, a propòsit de les manifestacions de la recurrent en relació amb el conveni col·lectiu estatal de jardineria (2021-2024) que va ser aprovat en data 29 de març de 2022, pendent de publicar en la data que es presenta el recurs, que efectua a efectes dialèctics pel cas que s'estimi el recurs, cal recordar la distinció del/s conveni/s col·lectius que s'ha/n d'observar a les licitacions públiques en les diferents fases, aquest Tribunal ja va exposar en la Resolució número 35/2021 que:

“En aquest sentit, i a propòsit de les al·legacions del recurs, valgui començar indicant que, en relació amb l'expressió, amb caràcter general, del conveni col·lectiu que resulti d'aplicació al contracte, no es poden confondre com a tals, a aquests efectes, el conveni col·lectiu que es prengui de referència en fase de licitació per a la configuració dels elements econòmics contracte, amb el que pugui escaure per justificar les ofertes que s'identifiquin amb baixa presumptament anormal en fase d'adjudicació, com tampoc aquell al qual estigui adscrit el personal susceptible de subrogació que ve executant la prestació o, fins i tot, aquell que resulti aplicable finalment a l'execució del contracte per part de l'empresa contractista que rellevi la prestació del servei licitat (en aquest sentit, la Resolució 397/2020 d'aquest Tribunal i les resolucions 1185/2019 i 553/2019 del TACRC).”

D'acord amb aquesta doctrina, no resulta dels articles 100.2, 101.2 i 102.3 de la LCSP l'obligatorietat d'incloure en el PBL i el VEC els costos de subrogació en un contracte de serveis com l'examinat, sinó que aquestes magnituds econòmiques s'han de determinar prenent com a referència els preus del conveni col·lectiu d'aplicació, destinats a l'estructura de mitjans personals, amb la classificació professional i nombre d'hores que l'òrgan de contractació estimi estrictament necessàries per a la prestació del servei definit en l'objecte del contracte que es licita, la qual cosa no obsta, com no pot ser d'una altra manera a la vista de les exigències informatives de l'article 130 de la LCSP i els principis d'igualtat de tracte, no-discriminació i transparència en la informació a proporcionar a les potencials empreses licitadores, que l'òrgan de contractació, tot tenint en compte la informació proporcionada per

l'actual empresari contractista, informi dels costos que pot comportar la mesura de la subrogació laboral. I totes aquestes exigències s'observen acomplertes en el cas examinat.

D'una banda, tant el PCAP com la memòria justificativa i l'annex 2 "costos del servei_ rectificat", contenen el desglossament del PBL en costos directes i indirectes del lot 1. I, per altra, el PBL indica de forma desglossada i amb desagregació de categoria professional les despeses salarials estimades segons el conveni laboral de referència, indicant que no procedeix la desagregació per gènere, en no diferenciar-se aquest aspecte en el conveni.

En aquest sentit, aprecia aquest Tribunal que la fixació del PBL i del preu del contracte resulta correcta i motivada i el recurs no ha posat de manifest arbitrietat o error en els càlculs efectuats, els quals gaudeixen de presumpció d'encert i legalitat i queden emparats per la discrecionalitat tècnica de l'administració. A aquests efectes, no es pot acollir l'argument de la recurrent de la incorrecta determinació del PBL fonamentat en la seva insuficiència per cobrir el cost de subrogació, segons el càlcul que aporta, que, per altra part, no respon al disseny i categories professionals de la present licitació. Cal insistir que s'està referint a dos extrems diferents i que necessàriament no han de coincidir, tota vegada que el que consta a la memòria justificativa és el que realment comporta la realització del servei pels càlculs del valor estimat del contracte i del pressupost base de licitació ex article 101 i següents de la LCSP, mentre que les dades de la subrogació enllacen amb el compliment de la obligació d'informació en matèria de subrogació laboral que imposa a l'òrgan de contractació l'article 130 de la LCSP.

En aquest cas, l'Ajuntament s'ha ajustat al que preveu l'article 130 de la LCSP que recull el criteri assentat en la jurisprudència i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals que ha vingut mantenint que els plecs reguladors de la licitació no poden crear ni establir la subrogació del personal que ve executant les prestacions objecte del contracte, ja que aquesta mesura depèn que sigui procedent segons la normativa laboral o els convenis col·lectius d'aplicació, i l'obligació dels plecs únicament queda circumscrita a informar les condicions laborals del personal que ve executant el contracte a fi que les empreses licitadores puguin conèixer-les i tenir-les en compte a l'hora d'elaborar les seves ofertes, pel cas que finalment tingui lloc la mesura de la subrogació laboral.

Per tant, si té lloc la subrogació, s'han de facilitar totes les dades escaients a les que fa esment l'article 130 de la LCSP, això és: el conveni col·lectiu d'aplicació, els detalls de categoria, el tipus de contracte, la jornada, la data d'antiguitat, venciment del contracte, salari brut anual de

cada treballador i els pactes aplicables als treballadors als qui afecti la subrogació, però això no determina que tot aquell personal sigui el necessari per a la prestació del contracte que es licita.

En aquest sentit, tant la clàusula 3.a.2) del PCAP com l'annex –personal a subrogar– proporcionen la informació sobre les condicions de subrogació en els contractes de treball existents, als efectes de l'article 130 de la LCSP, que, si bé efectua una enumeració de la documentació mínima a la que abasta la referida obligació, que no té caràcter de *numerus clausus* (en aquest sentit, l'informe 35/19 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Estado), no es refereix expressament a les cotitzacions a la Seguretat Social, que si s'han considerat en el càlcul de les despeses salarials que conformen el PBL.

En conclusió, no s'aprecia en el cas examinat la vulneració dels articles 100 i 101.2 i 102.3 de la LCSP al·legats en el recurs quant a la formació del PBL i el VEC d'aquesta contractació quant al lot 1, per la determinació dels costos de personal per les categories professionals adients als perfils definits en aquesta licitació, establerts en el conveni col·lectiu sectorial de referència. Tampoc no permet concloure la incorrecta determinació dels costos de personal en el pressupost de licitació i el preu del contracte, ni la pretensió del recurs d'anul·lació de la licitació en aquest sentit. Sobre el dimensionament del servei, incloent les categories professionals, que ve definit com a necessari per al correcte desenvolupament de la prestació a contractar, que no necessàriament és l'actualment existent, no s'observa cap defecte. Per tant, decauen les al·legacions al respecte de la insuficiència del PBL per cobrir els costos subrogació.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Inadmetre, per pèrdua sobrevinguda del seu objecte, el recurs especial en matèria de contractació presentat per R.C.V., en nom i representació de l'entitat GREMI DE JARDINERIA DE CATALUNYA (N-2022-0115), contra el plec inicial de clàusules administratives particulars de la licitació del contracte mixt pel servei de manteniment del verd urbà que tramita l'AJUNTAMENT D'ARGENTONA (expedient 2020/1819).

2.- Inadmetre, per pèrdua sobrevinguda del seu objecte, el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.M.H.d.A, en nom i representació de l'ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (N-2022-0118), contra el plec inicial de clàusules administratives particulars de la licitació del contracte mixt pel servei de manteniment del verd urbà que tramita l'AJUNTAMENT D'ARGENTONA (expedient 2020/1819).

3.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per R.C.V., en nom i representació de l'entitat GREMI DE JARDINERIA DE CATALUNYA (recurs N-2022-0165), contra el plec de clàusules administratives particulars, aprovat en data 4 d'abril de 2022, que rectifica el plec inicial, de la licitació del contracte mixt pel servei de manteniment del verd urbà que tramita l'AJUNTAMENT D'ARGENTONA (expedient 2020/1819).

4.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de temeritat o mala fe en la presentació dels recursos, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

5.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 15 de març de 2023.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta