

Recurso 519/2024
Resolución 507/2024
Sección Primera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 15 de noviembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JARDINES DE ICARIA, CULTURA INTEGRAL DEL JARDÍN S.L.** contra la resolución, de 11 de octubre de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento de jardinería y zonas verdes; servicio de limpieza y asistencia en la urbanización del área logística de Antequera”, convocado por la Red Logística de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda (Expte. AB-RLASC-24-000024), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de agosto de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento. Ese mismo día, los pliegos rectores de la contratación fueron publicados en el citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 170.763,48 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 11 de octubre de 2024 el órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato a la entidad SL CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO ADIPA. La adjudicación se publicó en el perfil de contratante y fue remitida a la entidad ahora recurrente el mismo día 11 de octubre.

SEGUNDO. El 30 de octubre de 2024, se presentó en el Registro electrónico de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad JARDINES DE ICARIA, CULTURA INTEGRAL DEL JARDÍN S.L.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha tenido posteriormente entrada en esta sede.

Mediante escritos de 7 de noviembre de 2024 de la Secretaría de este Órgano, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiéndolas formulado en plazo la entidad S.L. CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO ADIPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, pues su eventual estimación le situaría en condiciones de obtener la adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a resultar formalizado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la entidad recurrente.

Solicita que se anule y deje sin efecto la resolución de adjudicación impugnada, con retroacción de las actuaciones a fin de que se excluya la oferta presentada por ADIPA y se le adjudique el contrato.

Funda su pretensión en que la oferta económica de ADIPA no puede hacer frente a los costes salariales conforme a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación. En tal sentido, manifiesta que se le adjudica el contrato por un importe de 45.000 euros (IVA excluido), lo que contraviene el Convenio Colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024; ya que esa cantidad no permite cubrir los costes laborales del contrato puesto que la suma de todos ellos, considerando salarios, cotizaciones a la Seguridad Social, vacaciones y otros gastos asociados, supera significativamente la oferta de 45.000 euros realizada por la adjudicataria.

En su escrito de recurso, realiza un desglose de costes según el Convenio Colectivo vigente del que se desprende, según manifiesta, que el total de costes de recursos humanos asciende como mínimo a 46.415,26 euros y todo ello sin incluir partidas como absentismo, pluses, prevención de riesgos laborales, materiales y consumibles, amortizaciones de maquinaria, gastos generales y beneficio industrial.

A la vista de lo anterior, la recurrente sostiene que los pliegos imponen la obligación de realizar la oferta económica y ejecutar el contrato de conformidad con el Convenio Colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024 -lo que a su juicio resulta respaldado por lo dispuesto en el artículo 201 LCSP-, si bien este Convenio no es el aplicado por la adjudicataria en su oferta económica. Concluye, pues, que la adjudicación es improcedente y que, asimismo, vulnera los principios de igualdad y de libre concurrencia.



II. Alegaciones del órgano de contratación

Se opone a los argumentos del recurso y pone de manifiesto que la mesa de contratación aplicó los parámetros objetivos de anormalidad de las ofertas resultando que el límite de anormalidad estaba en 44.262,16 euros, por lo que la oferta económica adjudicataria se hallaba por encima no incurriendo en presunción de anormalidad.

Aduce que los parámetros de anormalidad fueron conocidos y aceptados por todos los licitadores, siendo los pliegos la ley del contrato; y añade que, no estando la oferta de la adjudicataria en presunción de anormalidad con arreglo a los parámetros establecidos en el pliego, no puede plantearse su rechazo sin más por las razones invocadas por la recurrente, ni es posible aventurar que vaya a producirse un incumplimiento futuro de obligaciones laborales y sociales, aspecto este último que solo podría apreciarse durante la ejecución del contrato -si es que llegara el caso- correspondiendo al órgano de contratación, de conformidad con el artículo 201 de la LCSP, adoptar las medidas pertinentes para garantizar tal cumplimiento. Cita en apoyo de esta argumentación varias resoluciones de este Tribunal y del Tribunal Administrativo central.

Por último, sostiene que la adjudicataria es un Centro Especial de Empleo siendo conocidos los beneficios fiscales que poseen estas entidades. Por tanto, concluye que la adjudicataria puede presentar una estructura de costes más beneficiosa que la reflejada en la memoria justificativa para atender el servicio licitado.

III. Alegaciones de la entidad interesada

Se opone al recurso exponiendo las razones por las que considera que su oferta económica puede hacer frente a los costes salariales y demás gastos derivados de la actividad conforme a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación y los pliegos que rigen el contrato.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. El núcleo de la controversia versa sobre la insuficiencia de la oferta económica de la adjudicataria para hacer frente a los costes laborales derivados de la aplicación del Convenio Colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024, que es el tomado en consideración para el cálculo de los costes de personal en el apartado 2 del Anexo 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

La recurrente no discute que la oferta adjudicataria no se halle incurso en presunción de anormalidad o desproporción. Toda su argumentación versa sobre la inaplicación por dicha oferta del Convenio Colectivo antes citado lo que, a su juicio, se traduce en la insuficiencia del importe adjudicado para hacer frente a los costes de recursos humanos y ello, sin incluir otras partidas necesarias.

No obstante, hemos de señalar que dicha argumentación del recurso parte de una premisa errónea; puesto que la aplicación de un determinado convenio por el órgano de contratación a la hora de calcular el presupuesto base de licitación no implica que el licitador adjudicatario venga, en todo caso, obligado a aplicarlo; pudiendo emplear otro distinto para elaborar su oferta siempre y cuando justifique fundadamente que su personal se registró por dicho convenio.

Así, la Resolución 1240/2023, de 28 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central (TACRC) señala que “(...) lo cierto es que la mención de uno u otro Convenio colectivo en los pliegos no determina que el licitador que resulte adjudicatario del contrato venga obligado a aplicar dicho Convenio, pudiendo emplear uno distinto al previsto en los pliegos para la confección de su oferta siempre y cuando justifique -fundadamente- que su personal vendrá a



regirse por éste y no por aquél, tal y como este Tribunal ha tenido ocasión de admitir en su Resolución 597/2023, de 18 de mayo.

De esta manera, la aplicación de uno u otro Convenio colectivo es una cuestión de Derecho laboral respecto de la cual ningún efecto jurídico tiene la mención que pueden hacer los pliegos a uno u otro convenio. Cosa distinta es que el Convenio colectivo que considere aplicable el órgano de contratación sirva de referencia para la determinación del precio del contrato. Es a este precio y presupuesto del contrato a lo que queda vinculado el licitador correspondiente cuando presenta su oferta. Es decir, con independencia del Convenio colectivo empleado por el órgano de contratación para fijar el presupuesto del contrato, el licitador que presenta su oferta ha de tener en cuenta dicho presupuesto:

“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)” (artículo 139.1 LCSP).

Vinculación a los pliegos del contrato que incluye también las diferentes partidas o costes incluidos en dicho presupuesto, como son los costes salariales. Es decir, sea o no sea finalmente aplicable durante la ejecución del contrato el Convenio colectivo utilizado de referencia por el órgano de contratación para calcular el presupuesto base de licitación, los licitadores que presentan su oferta sin impugnar los pliegos, quedan vinculados de forma incondicionada al contenido de dicho presupuesto. Vinculación que se extiende a las diferentes partidas o costes desglosados en los pliegos.

Por lo tanto, en este caso, al margen de que el Convenio colectivo empleado por el órgano de contratación para el cálculo de los costes salariales haya sido o no el correcto (cuestión que excede de las competencias de este Tribunal), lo cierto es que el licitador recurrente ha de tener en cuenta el importe de los costes salariales indicados en los pliegos al presentar su oferta. Una vez incurso en presunción de anormalidad, para justificar su viabilidad, si sus costes salariales se basan en la aplicación de un convenio colectivo distinto al previsto en los pliegos para calcular el presupuesto base de licitación, ha de acreditar la precisa y efectiva aplicación de dicho convenio a la empresa durante la ejecución del contrato y a continuación cuáles son sus costes salariales, teniendo en cuenta, en su caso, las categorías profesionales exigidas en los pliegos, como también ha tenido ocasión este Tribunal de razonar en su reciente Resolución 1089/2023, de 7 de septiembre. Esto es, puede basarse en un Convenio colectivo distinto del previsto en los pliegos pero precisamente por ello, teniendo en cuenta la diferencia entre ambos, ha de justificar con detalle su aplicación y los costes que de la misma resultan”.

Por tanto, el vicio de invalidez de la adjudicación no puede fundamentarse en el solo argumento de que la oferta adjudicataria no cumple el Convenio Colectivo aplicado por el órgano de contratación y mencionado en los pliegos. Dicha proposición puede confeccionarse utilizando otro convenio distinto; aun cuando, llegado el caso, tuviera que justificarse detalladamente su aplicación en los términos que se indican en la Resolución del TACRC que este Tribunal comparte.

Lo expuesto sería suficiente para desestimar el recurso ya que este pivota exclusivamente sobre la cuestión anteriormente tratada, sin hacer referencia alguna a que la proposición adjudicataria no está incurso en presunción de anormalidad. Y este dato omitido en el escrito de impugnación resulta fundamental en el caso analizado porque -como defiende el órgano de contratación- si la oferta no es presuntamente anormal con arreglo a los parámetros del pliego no puede apreciarse anticipadamente el incumplimiento de obligaciones laborales y sociales del empresario para con los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato.

El apartado 8.d) del Anexo I del PCAP establece los parámetros objetivos de anormalidad señalando que “se considerarán, en principio, desproporcionadas las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:



- 1.- Cuando concurriendo una sola persona licitadora, su oferta económica sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2.- Cuando concurriendo dos personas licitadoras, la oferta económica sea inferior en más de 10 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3.- Cuando concurriendo tres o más personas licitadoras, la oferta económica sea inferior en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas económicas validas presentadas (...)."*

En la sesión de 17 de septiembre de 2024, la mesa de contratación, tras proceder a la apertura de las ofertas económicas, calculó el límite por debajo del cual las ofertas incurrían en presunción de anormalidad conforme a los parámetros del pliego. En el acta de la sesión se indicó que este límite estaba en 44.262,16 euros, por lo que no se encontraba incurso en presunción de anormalidad la oferta económica de 45.000 euros formulada por la adjudicataria.

Al respecto, el artículo 149.4 de la LCSP dispone que *“Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.*

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

(...)

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”.

El precepto contempla, pues, el rechazo de plano de las ofertas incursas en presunción de anormalidad si, tras el procedimiento contradictorio tramitado al efecto que regula el artículo 149.4 del texto legal, el órgano de contratación comprobase que dichas proposiciones incumplen obligaciones laborales y sociales, incluido el incumplimiento del convenio colectivo sectorial vigente. Ahora bien, dicho rechazo solo es predicable, como el precepto reconoce, de las ofertas incursas en presunción de anormalidad.

En el supuesto analizado, no hallándose la oferta adjudicataria en presunción de valores anormales o desproporcionados, no cabe presumir el incumplimiento de obligaciones; lo que deberá, en su caso, apreciarse durante la ejecución del contrato. En el sentido expuesto, la Resolución 110/2019, de 11 de abril, de este Tribunal ya señalaba que *«(...)hemos de partir de la premisa de que el deber de cumplimiento de los convenios colectivos aplicables y de las obligaciones laborales y sociales de todo orden impregna el contenido y espíritu de la nueva LCSP en las distintas fases de los contratos públicos, tanto durante la elaboración de sus bases como en el procedimiento de adjudicación y posterior ejecución de los mismos. Muestra de ello son los múltiples preceptos legales que se ocupan de la materia y no solo los artículos 129, 149 y 201 de la LCSP invocados por la recurrente, puesto que el mandato legal se extiende a todas las partes intervinientes en el proceso, incluido obviamente el órgano de contratación, que ha de tener en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación a la hora de determinar el presupuesto base de licitación y el valor estimado de los contratos (artículos 100, 101 y 102 de la LCSP).*



Ahora bien, partiendo de la anterior premisa, no debe olvidarse que, en el actual marco legal, el eventual rechazo de una oferta económica durante la licitación debe responder a alguna de las causas previstas en el artículo 84 del RGLCAP (falta de concordancia con la documentación examinada y admitida, superar el presupuesto base de licitación, variar sustancialmente el modelo establecido, comportar error manifiesto en el importe de la proposición o existir reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable) o ser la consecuencia de una falta de viabilidad tras su previa identificación como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP (véase el artículo 149 de la LCSP). Como señala la Resolución 373/2018, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), “la justificación de la oferta y su eventual rechazo solo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP. Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros. Solo en caso afirmativo resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas en el recurso: si la oferta de CLECE está por debajo del convenio colectivo sectorial y si la norma de aplicación sobre el acto de adjudicación impugnado debe ser la LCSP”>>.

Y este criterio se ha reiterado en resoluciones posteriores como la 339/2019, de 18 de octubre, donde señalábamos que <<(…) la oferta económica presentada por IGS -adjudicataria- no estaba incurso en presunción de anormalidad de acuerdo con los parámetros objetivos previstos en el pliego, razón por la cual no podemos presuponer sin más que va a incumplir sus obligaciones laborales en base a los motivos alegados por la recurrente, ya que de acuerdo con lo expuesto sólo procedería la exclusión de su oferta cuando estando incurso inicialmente en anormalidad y tras la tramitación del correspondiente procedimiento contradictorio, no hubiera justificado la viabilidad de la misma, debiendo además el órgano de contratación, para el caso de que con ocasión de la justificación aportada por la licitadora no quede acreditado el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación, proceder a su rechazo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.4.e) de la LCSP>>.

Con base en las consideraciones realizadas, teniendo en cuenta que no es presumible el incumplimiento futuro de una oferta que no está incurso en presunción de anormalidad, el recurso debe ser desestimado.

Tras lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JARDINES DE ICARIA, CULTURA INTEGRAL DEL JARDÍN S.L.** contra la resolución, de 11 de octubre de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento de jardinería y zonas verdes; servicio de limpieza y asistencia en la urbanización del área logística de Antequera”, convocado por la Red Logística de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda (Expte. AB-RLASC-24-000024)

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.



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

