Recurso 130/2022
Resolución 250/2022

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

Sevilla, 6 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EULEN, S.A.** contra el acuerdo, de 10 de marzo de 2021, del órgano de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de conservación de los espacios verdes y el arbolado urbano del término municipal de Roquetas de Mar (dos lotes)» (Expte. 23/20.- Servicio), convocado por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de febrero de 2021 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En esa misma fecha, se publicaron los pliegos de esta licitación. Asimismo, el 26 de febrero de 2021 se publicó el citado anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea. El valor estimado del contrato asciende a 34.640.290,85 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Mediante acuerdo, de 25 de febrero de 2022, de la mesa de contratación se resuelve excluir la proposición, inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, de la entidad EULEN, S.A. del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento.

Posteriormente, el 10 de marzo de 2022, el pleno del Ayuntamiento de Roquetas de Mar, como órgano de contratación, ratifica la mencionada exclusión.

SEGUNDO. El 7 de abril de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EULEN, S.A. (en adelante la recurrente), contra el citado

acuerdo de exclusión de su oferta. En dicho escrito de recurso, entre otras cuestiones, se solicita respecto de los dos lotes la suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 11 de abril de 2022.

En relación con la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación, respecto de los dos lotes, con fecha 22 de abril de 2022, se le comunica a la entidad recurrente que el mismo se encuentra suspendido por este Tribunal, en virtud de la Resolución de medida cautelar 29/2022, de 1 de abril de 2022, derivada del recurso 106/2022 interpuesto en el mismo procedimiento de contratación mencionado.

Por último, el 25 de abril de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidades:URBASER, S.A., que licitó junto con CONSTRUCCIONES TEJERA, S.A. con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas; y STV GESTIÓN, S.L. y ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS, S.A., que licitaron asimismo con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas (en adelante las entidades interesadas).

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, toda vez que el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Málaga), que no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

En este sentido, aun cuando el acto formalmente impugnado es el acuerdo de 10 de marzo de 2022 del órgano de contratación, sustantivamente el recurso se dirige contra el acuerdo de 25 de febrero de 2022 de la mesa de contratación en el que se rechaza la oferta de la recurrente por no justificar la viabilidad de su oferta. Al respecto, este Tribunal quiere poner de manifiesto que la mesa de contratación se extralimitó en el ejercicio de su funciones, dado que de conformidad con lo dispuesto en el 149.6 de la LCSP la misma solo tiene funciones de

propuesta, siendo el órgano de contratación quien tiene las facultades de aceptación o rechazo, circunstancia que se materializó como se ha expuesto el 10 de marzo de 2022.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión de la oferta de la ahora recurrente consta publicado en el perfil de contratante el 21 de marzo de 2022, por lo que aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 7 de abril de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

A. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de 10 de marzo de 2022 del órgano de contratación, en el que se contiene la exclusión de su oferta, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo *«se declare la nulidad y se deje sin efecto la resolución recurrida, se retrotraigan actuaciones y se proceda a admitir la oferta de mi representada en los LOTES 1 y 2, se excluyan las ofertas de UTE URBASER-TEJERA y UTE ACTÚA-GRUPOCOSA y se adjudiquen los LOTES 1 y 2 en favor de mi representada.»*.

La recurrente, en síntesis, combate su exclusión por los siguientes motivos: por un lado, denuncia que ni su oferta está incursa en presunción de anormalidad, como finalmente reconocen la mesa y el órgano de contratación, ni se puede excluir una oferta en fase de adjudicación por un supuesto incumplimiento del Convenio colectivo aplicable, cuando la oferta no incurre en anormalidad, como así lo ha reconocido la Resolución 988/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), y por otro lado, afirma que su oferta no incumple el Convenio colectivo de jardinería.

Al respecto, la cláusula 11.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) señala que cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a los parámetros objetivos que justificadamente se establezcan en el cuadro anexo de características de dicho pliego o, en su ausencia, se aplicará el criterio referido en el apartado anterior (cláusula 11.1 del PCAP), que indica que cuando el único criterio de adjudicación sea el precio se aplicarán los parámetros objetivos de determinación de presunción de anormalidad en la oferta que se encuentren vigentes específicamente en la normativa reglamentaria de desarrollo de la LCSP.

Por su parte, en el cuadro anexo de características del PCAP, en su apartado N) -criterios de valoración de las ofertas- se indican una pluralidad de criterios de adjudicación, en concreto los siguientes:

- Criterios cuantificables mediante fórmulas sujetos a evaluación posterior:
    1. Precio
        1.1. Precio total del mantenimiento y servicio de los espacios verdes.
        1.2. Porcentaje de descuento sobre los precios relacionados con el suministro y materiales.
        1.3. Porcentaje de descuento ofertado para los trabajos puntuales de obra civil.
    2. Flota de vehículos.
    3. Años de antigüedad de la flota.

- Criterios basados en juicio de valor sujetos a valoración previa:
    1. Conocimiento de la ciudad, análisis de la situación actual.
    2. Programación y Organización del servicio.
    3. Acciones medioambientales a aplicar en el servicio.
    4. Vías de comunicación, satisfacción ciudadana y divulgación.
    5. Criterios sociales y éticos.
    6. Idoneidad del proyecto de Automatización y centralización red de riego.
    7. Idoneidad del proyecto de puesta a punto de zonas verdes.

Pues bien, del total de los criterios previstos en el cuadro anexo de características del PCAP, solo los recogidos en en los epígrafes 1.1, 1.2 y 1.3, dentro de los cuantificables mediante aplicación de fórmulas, contienen expresamente parámetros objetivos de anormalidad, el resto de ellos, incluidos los basados en juicios de valor, no recogen parámetro alguno, en palabras de la cláusula 11.2 del PCAP *«en su ausencia»*.

Sobre el particular, consta en el expediente remitido que la oferta de la recurrente fue declarada inicialmente incursa en baja anormal para los lotes 1 y 2 en el criterio 2, dentro de los evaluables por aplicación de fórmulas, esto es, el denominado flota de vehículos, aplicando al efecto la mesa de contratación la citada cláusula 11.1 del PCAP, actuación que no es objeto de controversia.

Acto seguido, tras requerimiento a la recurrente para que justifique la anormalidad de su oferta, y la aportación por su parte de la documentación acreditativa de ello, se emite informe técnico del órgano de contratación de 25 de febrero de 2022 de viabilidad de su oferta a los lotes 1 y 2 (en adelante informe de viabilidad), que en lo que aquí interesa indica lo siguiente:

Señala en lo que aquí concierne que en este criterio la oferta de la ahora recurrente ha sido considerada anormal o desproporcionada y que con independencia del número de vehículos ofertados, se habrá de tener en cuenta el impacto económico de dicha oferta en su conjunto, así como la viabilidad e idoneidad para el desarrollo del servicio. Asimismo, indica que sobre el porcentaje de descuento sobre los precios relacionados con el suministro y materiales, realiza las siguientes conclusiones:

«Se ha detectado que, tras realizar los cálculos y comprobaciones oportunos, no ha tenido en cuenta para el personal operativo el plus de trabajos tóxicos, penosos o peligrosos que se recoge en el art.32 del Convenio colectivo del sector de la jardinería (código de Convenio número 99002995011981). Este plus se ha de devengar por los trabajos que se realicen en medianas, rotondas y bordes viarios, sitos en calles, carreteras, autovías y autopistas abiertas al uso público y al tráfico rodado. También se devengará este plus por la utilización de productos fitosanitarios, herbicidas, insecticidas, pesticidas y fungicidas. Asimismo, las funciones de poda, resubido, recorte, limpieza, terciado, aclarado, pinzado y formación de plantas, árboles y arbustos, en los que los pies del trabajador/a se hallen a una altura superior a un metro tendrán la consideración de actividad peligrosa a efectos de este plus, quedando excluido el transporte, carga y descarga de vehículos.

Dadas las características de los espacios verdes del municipio, gran parte de los trabajos descritos, para los que son aplicables el citado plus, serán necesarios para la ejecución del servicio, por lo que deberían de haber sido contemplados por la mercantil para la elaboración de la oferta, en lo concerniente al coste del personal. Esto implica que los cálculos obtenidos por la empresa se ven alterados, al no cumplir con lo establecido en el convenio de referencia, por lo que los operarios recibirían un salario inferior a las labores realizadas.».

Acto seguido, concluye el informe de viabilidad afirmando lo siguiente:

«Teniendo en cuenta lo anterior, se informa desfavorablemente en base al siguiente criterio:
- Incumple el Convenio colectivo del sector de la jardinería al no tener en cuenta el plus de trabajos tóxicos, penosos o peligrosos para el personal operativo de la plantilla adscrita al servicio, tal y como se ha expuesto con anterioridad.
En base a todos los argumentos expuestos, consideramos que no se justifica la viabilidad técnico-económica de la oferta, lo que puede mermar la calidad del servicio, por lo que se informa desfavorablemente.».

Por su parte, la mesa de contratación en sesión celebrada el 25 de febrero de 2022 excluye la oferta de la entidad ahora recurrente, manifestando validar el informe de viabilidad para lo que en esencia lo reproduce, y añade lo siguiente:

«En relación a la oferta descartada presentada por la UTE formada por Actúa-Grupocopsa, así como la mercantil Eulen, el TACRC en su Resolución 988/2021 establece que lo indicado por el artículo 149.4 LCSP es que los órganos de contratación deben rechazar 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. Para excluir a un licitador porque pueda considerarse que su oferta es inviable, por no ser susceptible de ser cumplida en sus propios términos, debe seguirse el procedimiento contradictorio que establece el artículo 149 de la LCSP, dando posibilidad al licitador de justificar los términos de su oferta. No encontrándonos ante un supuesto de anormalidad de las ofertas, no procede iniciar el trámite de justificación previsto legalmente que pudiera eventualmente conducir a la exclusión solicitada.».

Por último, el 10 de marzo de 2022, el pleno del Ayuntamiento de Roquetas de Mar, como órgano de contratación, se limita a ratificar la mencionada exclusión.

Al respecto, los alegatos de la recurrente son los siguientes:

1. Sobre el que su oferta no está incursa en baja anormal, como finalmente reconocen la mesa y el órgano de contratación, ni es posible excluirla en fase de adjudicación por un supuesto incumplimiento del Convenio colectivo aplicable, cuando no incurre en anormalidad.

La recurrente tras reproducir el párrafo transcrito por la mesa de contratación relativo a la Resolución 988/2021 del TACRC y el artículo 149.4 de la LCSP, afirma que de lo anterior se concluye que, si la oferta de una licitadora no está incursa en presunción de anormalidad, no se la puede excluir de la licitación, ni abrir el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 alegando incumplimiento del Convenio colectivo de aplicación, además, la apreciación del citado incumplimiento del artículo 201 no puede implicar la exclusión de la licitadora, puesto que dicho artículo 201 se refiere a la fase de ejecución del contrato.

Asimismo, a modo de resumen, la recurrente señala que *«De todo lo expuesto se comprueba que se han producido graves irregularidades e incongruencias en la exclusión de la oferta de mi representada, ya que ni la oferta está incursa en presunción de anormalidad, como finalmente reconocen el órgano de contratación y la Mesa, ni se puede excluir una oferta en fase de adjudicación por un supuesto incumplimiento del Convenio, cuando la oferta no incurre en temeridad, como así ha reconocido la Resolución del TACRC 988/2021. Ha quedado probado, por tanto, el error manifiesto del Informe de Valoración, así como la arbitrariedad de la Mesa y del Órgano de Contratación, que*

reconocen que la oferta de mi representada no incurre en valores anormales y aún así, proceden a su exclusión por un motivo que ni es cierto ni tiene nada que ver con la petición de justificación de su oferta. Por todo ello, se considera que la exclusión de mi representada no es conforme a derecho y debe ser admitida en el presente expediente de contratación.».

2. Sobre que su oferta no incumple el Convenio colectivo de jardinería.

Al respecto, la recurrente tras reproducir para los lotes 1 y 2 los cuadros de costes de personal que aportó en la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, señala que en los mismos se incluyen todos los pluses ligados a las personas trabajadoras según establece el convenio, así como una bolsa económica para sustitución de ausencias no exigidas en pliego.

Acto seguido, indica que el plus de peligrosidad, como señala el convenio y reflejan los técnicos en el informe de viabilidad, no es un plus *"ad personam"*, sino que se abona por trabajos efectivamente realizados, que dependen de la operativa del servicio. En este sentido, afirma que este servicio es de nueva creación por lo que las personas trabajadoras no tienen pluses consolidados de tipo alguno. A su juicio, el plus de peligrosidad es un importe ligado a la organización del servicio y varía enormemente según la gestión del mismo, dependiendo de los materiales y métodos en sanidad vegetal, como se detalla en su oferta técnica, en la que se reducirá al máximo el empleo de productos químicos, favoreciendo la gestión integrada de plagas y la lucha biológica, por lo tanto, no han de existir, en fase de explotación del servicio y salvo excepciones, pluses derivados de trabajos con productos fitosanitarios, que de haberlos serían abonados. Además, los trabajos sujetos a los pluses de peligrosidad están por determinar en el plan de seguridad y salud que se realiza al comienzo del contrato, no siendo necesarios dichos pluses en todos los trabajos.

A continuación realiza una estimación del plus de peligrosidad para cada lote, según los operarios justificados para cada uno de los trabajos en las programaciones de ofertas técnicas y las superficies de medianas y rotondas susceptibles de ser consideradas como peligrosas, realizando según señala unos cálculos aproximados muy por encima de las necesidades reales (9.849,01 euros para el lote 1 y 14.518,78 euros para el lote 2). Estas cantidades, a su juicio, son inferiores a la bolsa económica añadida en los gastos de personal y suponen un 0,47 % sobre los importes totales de contrato ofertados para ambos lotes. Al respecto, señala que ha considerado unos gastos generales y beneficio industrial de 303.237,22 euros y 446.779,69 euros, respectivamente para el lote 1 y lote 2, muy superiores incluso a los importes considerados por peligrosidad en la memoria justificativa para la contratación del servicio de conservación de los espacios verdes y arbolado urbano del término municipal de Roquetas de Mar, publicada con los pliegos de la licitación, presentando su oferta a riesgo y ventura, por lo que dichos costes serían asumidos independientemente de que dichas partidas no pudieran ser satisfechas dentro de los márgenes empresariales del propio contrato.

Asimismo, señala que el no haber desglosado estos costes en las tablas de personal no significa que se incumpla el convenio de jardinería, ni que las personas trabajadoras no vayan a recibir estos pluses cuando estos hayan de ser devengados, cuestión que ésta además que atañe única y exclusivamente a la fase de ejecución del contrato.

B. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso basa su argumentación en lo razonado en el informe de viabilidad. En este sentido, va exponiendo a lo largo de su alegato los razonamientos puestos de manifiesto por los técnicos que suscribieron el informe de viabilidad para concluir oponiéndose a los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

C. Alegaciones de la entidades interesadas.

Por último, las entidades interesadas se oponen asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en sus escritos de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre el que su oferta no está incursa en baja anormal, como finalmente reconocen la mesa y el órgano de contratación, ni es posible excluirla en fase de adjudicación por un supuesto incumplimiento del Convenio colectivo aplicable, cuando no incurre en anormalidad.

El fundamento de este motivo de recuso estriba en que según afirma la recurrente su oferta no está incursa en baja anormal. Sin embargo, no cuestiona los argumentos esgrimidos por la mesa de contratación y por el informe de viabilidad para entender que dicha oferta estaba en presunción de anormalidad. La recurrente únicamente extrae del acta de la mesa de contratación en la que se rechaza su oferta, un párrafo en el que se hace referencia a la Resolución 988/2021 del TACRC, y en concreto del último inciso del texto que se reproduce de dicha resolución en el que se dice lo siguiente: *«No encontrándonos ante un supuesto de anormalidad de las ofertas, no procede iniciar el trámite de justificación previsto legalmente que pudiera eventualmente conducir a la exclusión solicitada»*, para afirmar que su oferta no está incursa en presunción de anormalidad, como finalmente reconocen el órgano de contratación y la mesa.

Pues bien, dicha afirmación no puede compartirse. En este sentido, en el acta de la mesa de contratación de 18 de enero de 2022 se indica en la primera de sus conclusiones que *«A la vista de los resultados obtenidos, en aplicación de los criterios definidos para la determinación de la presunción de anormalidad, concretados en la cláusula N) del CAC del PCAP, y en ausencia de estos, se ha tomado en consideración la cláusula 11 del PCAP, esto es el cálculo establecido en los arts. 85 y 86 del RD 1098/2001, por lo que, en base a los umbrales obtenidos, se considera que las siguientes ofertas contienen valores anormales o desproporcionados en cuanto los siguientes criterios:*
(...)
Lote 2: (…)
Eulen: Flota de vehículos (...).».

Asimismo, la mesa de contratación en sesión celebrada el 26 de enero de 2022, según acta al efecto, acuerda rectificar el acuerdo expuesto en el párrafo anterior para incluir dentro de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, entre otras, la de la entidad ahora recurrente también y por el mismo criterio para el lote 1.

La certeza de que la oferta de la entidad ahora recurrente para ambos lotes estaba inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, queda patente en el informe de viabilidad en el que, como se ha reproducido anteriormente, se informa desfavorablemente para ambos lotes porque *«Incumple el Convenio colectivo del sector de la jardinería al no tener en cuenta el plus de trabajos tóxicos, penosos o peligrosos para el personal operativo de la plantilla adscrita al servicio, tal y como se ha expuesto con anterioridad.»*.

Queda, pues, claro que la oferta de la entidad ahora recurrente para ambos lotes estaba inicialmente incursa en baja anormal. Asimismo, la mesa de contratación en sesión celebrada el 25 de febrero de 2022 en el acta de la misma en su antecedente séptimo vuelve a dejar claro y manifiesto que la oferta de la entidad ahora recurrente,

entre otras, para ambos lotes estaba incursa en baja anormal o desproporcionada. También en el antecedente octavo de la citada acta se reproduce en esencia el informe de viabilidad de las ofertas.

No obstante, en la citada acta de la sesión de 25 de febrero de 2020 de la mesa de contratación, en su conclusión segunda que consta de cuatro párrafos, los dos primeros generales se refieren a todas las ofertas incursas en baja anormal, y los dos últimos son específicos de alguna de las ofertas, siendo el primero de éstos últimos el referido a la de la ahora recurrente y a la de otra licitadora donde se introduce el párrafo transcrito anteriormente y en el que se basa la recurrente para afirmar que su oferta no está incursa en presunción de anormalidad.

Dicho párrafo, se basa en la citada Resolución 988/2021 del TACRC reproduciendo, aunque sin señalarlo expresamente, parte de su fundamento quinto en el que se trae a colación la Resolución 326/2021, de 31 de marzo, de dicho Tribunal, en la que se enjuiciaba un supuesto en el que tras la aplicación de los parámetros objetivos para considerar la anormalidad de una oferta, ninguna de las presentadas estaban incursas en baja anormal, supuesto completamente distinto al que se examina en la presente resolución.

La muy desafortunada remisión que hace la mesa de contratación a la Resolución 988/2021 del TACRC, no puede enervar en modo alguno la realidad de los hechos, en los que no existe duda de que la oferta de la entidad ahora recurrente había sido declarada inicialmente en baja anormal o desproporcionada, sin que la recurrente haya combatido, los argumentos del órgano de contratación esgrimidos para considerarla en presunción de anormalidad, en el apartado de flota de vehículos, afirmando que su oferta no ha sido desproporcionada ni debido al precio del servicio, ni a los porcentajes de descuento en los cuadros de precios, sino únicamente por la dotación numérica ofertada en el criterio “Flota de vehículos”.

Procede, pues, desestimar en los términos reproducidos el primer motivo del recurso.

2. Sobre que su oferta no incumple el Convenio colectivo de jardinería.

Al respecto, como se ha expuesto, la recurrente afirma que en los cuadros de costes de personal que aportó en la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, se incluyen todos los pluses ligados a las personas trabajadoras según establece el convenio, así como una bolsa económica para sustitución de ausencias no exigidas en pliego.

Pues bien, en el anexo I de la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, la entidad ahora recurrente aporta un cuadro para costes de personal con las siguientes columnas: número de personas trabajadoras, categoría, sueldo anual bruto por categorías según convenio para cada año de duración de la prestación y por último la columna denominada coste empresa, sin que exista mayor desglose. Asimismo, en dicho cuadro figura un importe con la leyenda “bolsa de sustitución de ausencias de personal”. De dichos datos no es posible extraer ni siquiera de forma indiciaria qué conceptos integran el denominado sueldo anual bruto, ni por tanto, si en el mismo se ha incluido o no el plus de peligrosidad. Asimismo, se echa en falta que el recurso, a efectos de ilustrar a este Tribunal, no haya realizado un desglose del citado sueldo anual bruto en el que se pudiese constatar la inclusión de dicho plus.

En cuanto a la naturaleza del plus de peligrosidad, el artículo 32 del Convenio colectivo aplicable con la denominación de “plus de trabajos tóxicos, penosos o peligrosos” lo define de la forma siguiente:

«Se establece un plus para los trabajos tóxicos, penosos o peligrosos, aún cuando concurran dos o más supuestos que lo generen, en las cuantías que se recogen en las siguientes tablas: (…).
Se devengará este plus, por los trabajos que se realicen en medianas, rotondas y bordes viarios, sitos en calles, carreteras, autovías y autopistas abiertas al uso público y al tráfico rodado.
También se devengará este plus por la utilización de productos fitosanitarios, herbicidas, insecticidas, pesticidas y fungicidas.
Las funciones de poda, resubido, recorte, limpieza, terciado, aclarado, pinzado y formación de plantas, árboles y arbustos, en los que los pies del trabajador/a se hallen a una altura superior a un metro tendrán la consideración de actividad peligrosa a efectos de este plus, quedando excluido el transporte, carga y descarga de vehículos.».

Así las cosas, la actuaciones que generan el mencionado plus de peligrosidad según el objeto de la prestación no son nada desdeñables, pudiéndose estimar el coste de las mismas para una entidad licitadora razonablemente informada y normalmente diligente.

Tampoco es posible admitir que el coste de dicho plus pueda ser subsumido por el importe previsto para las sustituciones de ausencias de personal, concebidas para posibles absentismos, ni que el mismo puede ser absorbido en sede de recurso por los gastos generales y el beneficio industrial, ni que puedan ser justificados por el principio de riesgo y ventura.

En definitiva, encontrándose este Tribunal vinculado al principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP), en virtud del cual la resolución del recurso será congruente con la petición y *«estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado»*, su análisis ha de circunscribirse necesariamente a lo alegado en el recurso, de tal suerte que lo argumentado en éste no logra desvirtuar la presunción de certeza de la que goza el informe de viabilidad de la oferta de la entidad ahora recurrente, incursa en baja anormal o desproporcionada.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre la pretensión de exclusión de determinadas participantes en la licitación de los lotes 1 y 2 por incumplimiento de los pliegos.

Afirma la recurrente que la UTE ACTUA GRUPOCOPSA y la UTE URBASER TEJERA incumplen el tamaño de letra de tablas, figuras y mapas, en ambos lotes la primero y en el lote 2 la segunda. Además, la UTE URBASER TEJERA incumple la previsión contenida en la cláusula 7.6 “Retén de Guardia” del pliego de prescripciones técnicas, que exige contar con un retén de guardia formado, como mínimo, por tres personas, lo que incumple dicha UTE al haber propuesto únicamente uno formado por 2 personas (lote 1, página 140; lote 2, página 137, de su oferta técnica).

Pues bien, a la luz de lo acordado por este Tribunal en el anterior motivo del recurso, en el que se han desestimado los alegatos del recurso interpuesto por la recurrente contra la exclusión de su oferta, procede analizar si una eventual estimación de la presente pretensión, esto es, que se acuerde la exclusión de la oferta de las dos uniones temporales de empresas citadas, supondría que la recurrente pueda resultar adjudicataria. En este sentido, aun estimando el presente alegato del recurso, lo que conllevaría que las ofertas de las otras dos licitadoras fuesen excluidas de la licitación, ello nunca le podría provocar un beneficio a la entidad ahora recurrente pues en el mencionado alegato anterior este Tribunal confirmó la exclusión de su oferta, no pudiendo nunca ser adjudicataria del presente contrato.

Al respecto, se ha manifestado este Tribunal, entre otras muchas, en sus Resoluciones 98/2017, de 12 de mayo, 215/2018, de 6 de julio, 79/2019, de 21 de marzo, 140/2019, de 3 de mayo y 488/2021, de 25 de noviembre, en las que se ponía de manifiesto que una hipotética estimación del recurso y consecuentemente la retroacción de las actuaciones en ningún caso alteraría el sentido que la adjudicación tiene para la entidad ahora recurrente, pues no podría optar a alzarse con el contrato, ni, por tanto, se traduciría en la obtención de un beneficio o ventaja para ella, ya que el resultado de la licitación seguiría sin serle propicio.

En este sentido, debe señalarse que siendo la pretensión impugnada la indebida admisión de determinadas participantes en la licitación de los lotes 1 y 2 por incumplimiento de los pliegos, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto, en el que la exclusión de la recurrente ha devenido firme en vía administrativa como consecuencia de la confirmación por este Tribunal en el fundamento anterior del rechazo de su oferta, por no acreditar su viabilidad. De tal manera que, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión del mismo por falta de legitimación.

Al respecto, la eventual estimación del presente recurso, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría respecto a este acto impugnatorio beneficio alguno más allá que la potencial posibilidad de que resultara adjudicataria de un futuro procedimiento de contratación si el órgano de contratación, tras una hipotética estimación del presente alegato, que supusiera la nulidad del procedimiento de licitación, decidiera convocar una nueva licitación -en idénticos términos- a la que la entidad ahora recurrente pudiere o le interesare presentarse. Tales circunstancias desbordan el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual, cuando dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...).»*.

En definitiva, la pérdida sobrevenida de interés legítimo, por cuanto la estimación de este motivo no permitiría que la ahora recurrente pudiera acceder a la adjudicación en la presente licitación que se examina, conlleva que el mismo haya de ser inadmitido.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EULEN, S.A.** contra el acuerdo, de 10 de marzo de 2021, del órgano de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de conservación de los espacios verdes y el arbolado urbano del término municipal de Roquetas de Mar (dos lotes)» (Expte. 23/20.- Servicio), convocado por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería), e inadmitirlo contra el acuerdo por el que se admiten las ofertas de la UTE ACTUA GRUPOCOPSA y de la UTE URBASER TEJERA.

SEGUNDO. Aun cuando el artículo 57.3 de la LCSP prevé el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación con la resolución del recurso, en este supuesto, al hallarse pendiente de resolver los recursos

especiales en materia de contratación números 132/2022 y 133/2022 contra los mismos lotes, debe continuar la suspensión del procedimiento de licitación, acordada por este Tribunal en Resolución de 1 de abril de 2022.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o 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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.