



Recurso nº 1144/2020 C. Valenciana 283/2020

Resolución nº 1386/2020

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

En Madrid, a 23 de diciembre de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. M.C. P., en nombre y representación de la mercantil AUTOCARES HERCA, S.L., contra resolución de la Vicepresidencia Primera del Institut Valencià d'Investigacions Agràries (IVIA) de fecha 6 de octubre de 2020, por la que se acuerda la adjudicación del Lote II (línea Segorbe) del contrato para la prestación del "*Servicio de transporte del personal que presta sus servicios en el IVIA, en los centros de Segorbe y Moncada*", este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 19 de agosto de 2020 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato para la prestación del servicio de transporte del personal que presta sus servicios en el IVIA, en los centros de Segorbe y Moncada.

Segundo. Por resolución de la Vicepresidencia Primera del Institut Valencià d'Investigacions Agràries (IVIA) de fecha 6 de octubre de 2020, se acuerda la adjudicación del Lote II (línea Segorbe) del contrato en favor de V. MASSABUS, S.L., notificada a la recurrente en ese mismo día, según manifiesta ésta.

Tercero. Con fecha 29 de octubre de 2020 interpone recurso especial en materia de contratación.

En dicho recurso se solicita que:



“(i) Declarar la NULIDAD del Acuerdo de adjudicación dictado con fecha 6 de octubre de 2020, todo ello de conformidad con el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, y, se declare expresamente que, debe ser adjudicataria de la licitación expte. 2020-032-A, realizándose por el órgano competente los trámites que resulten oportunos para declarar nula la adjudicación realizada a V. MASSABUS, S.L., por ser la oferta de esta última injustificada y la Resolución de Adjudicación no ajustada a Derecho ni a los Pliegos rectores.

“(ii) Sustituir el citado acto, contrario a Derecho, por otro por cuya virtud, y previos los trámites procedentes, se adjudique el contrato a favor de mi representada, por tratarse su oferta de la que debe merecer la adjudicación de acuerdo con lo previsto en la LCSP.”

Cuarto. El órgano de contratación remitió informe sobre el recurso interpuesto, conforme a lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP. En él se opone a la estimación del recurso.

Quinto. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso a la adjudicataria y otras interesadas, a los efectos de formular las alegaciones que a su derecho convenga, habiéndose formulado alegaciones por la adjudicataria con fecha 13 de noviembre de 2020.

Sexto. Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento.

Séptimo. El 5 de noviembre de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, trámite que ha sido evacuado por VIAJES MASSABUS, SL.

Octavo. La Secretaria General del Tribunal, por delegación de éste, con fecha 20 de noviembre de 2020, acordó mantener la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio de



colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de marzo de 2013 (BOE de fecha 17/04/2013), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2016 (BOE de fecha 21/03/2016) y nuevamente prorrogado mediante Acuerdo de fecha 16 de abril de 2019 (BOE de fecha 22/05/2019).

Segundo. Se recurren el acuerdo de adjudicación un contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2.c) de la LCSP.

Tercero. La empresa recurrente ostenta la debida legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 48 LCSP, que señala: *“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.”*, al ocupar la recurrente el segundo puesto en la clasificación de ofertas efectuada.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Cuarto. Entrando en el fondo del asunto, conviene reproducir los argumentos en que funda el recurrente sus pretensiones.

Éste considera que si las empresas licitadoras, en vez de aplicar el Convenio Colectivo que se especifica en el Apartado S del Anexo I del PCAP (Convenio Colectivo de trabajo del Sector de Transporte de Viajeros por carretera de la provincia de Valencia), aplicaran un Convenio colectivo de empresa el cual incluye condiciones laborales inferiores a aquél, se alteraría/vulneraría el principio de competencia.

Alega que la adjudicataria V. MASSABUS, S.L. tiene suscrito un Convenio de Empresa que es de aplicación obligatoria a todo el personal que presta sus servicios a dicha empresa, en el cual, las condiciones que afectan a las percepciones salariales de los trabajadores son



menos favorables que las recogidas en el Convenio Provincial, suponiendo un “ahorro” directo para la mercantil puesto que el coste que le supone la prestación de los servicios es inferior -coste salarial inferior- que el que le supone al resto de empresas a la que es de aplicación el Convenio Colectivo Provincial citado en líneas previas, y por ello se le genera indefensión.

Y articula su recurso en base a los siguientes puntos: 1. Concurrencia de Convenios Colectivos -Provincial/Sectorial vs. de Empresa-. Confluencia de la normativa aplicable. 2. Consecuencias de la inobservancia de la normativa aplicable: Subrogación del personal laboral adscrito a la prestación objeto del presente contrato. 3. Vulneración del principio de libre competencia: Nulidad de pleno derecho Acuerdo de adjudicación dictado con fecha 6 de octubre de 2020, todo ello de conformidad con el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015.

Quinto. Nuestra Resolución 928/2020, de 26 de agosto aclara que la regla del artículo 149.4 de la LCSP impone al órgano de contratación, al valorar globalmente una oferta anormal, acordar su exclusión por incumplir las previsiones de un Convenio Colectivo, pero dicho precepto no resulta de aplicación en el caso en que la oferta de la adjudicataria no esté incurso en anormalidad o desproporción alguna, y en el presente caso, no consta que la oferta de la adjudicataria estuviere incurso en anormalidad, de forma y manera que bajo el pretexto de la quiebra del principio de concurrencia, se pretende imponer la justificación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria fuera de los supuestos en que procede, es decir, cuando se aprecie temeridad en la oferta, tal y como se infiere además del informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ref. 29/19.

Como señalamos en la Resolución 928/2020, *“el cumplimiento de las obligaciones salariales consignadas en el Convenio Colectivo Sectorial que resulte de aplicación es una cuestión propia de la ejecución del contrato, y cuya incidencia durante la licitación del contrato se circunscribe exclusivamente al citado artículo 149 de la LCSP.” (...)* En efecto, durante la fase de preparación del contrato únicamente se ha de recurrir a los Convenios Colectivos sectoriales de aplicación para el cálculo del valor estimado y presupuesto (artículos 100, 101 y 102 de la LCSP).(...) En el resto de los casos, la observancia del Convenio Colectivo Sectorial de aplicación, particularmente en materia salarial, constituye un aspecto propio de la ejecución.”



Por ello, procede rechazar de plano la argumentación de la recurrente al no proceder la aplicación del artículo 149 de la LCSP por no estar incurso la oferta de la adjudicataria en valores anormales o desproporcionados, sin perjuicio de que el órgano de contratación, como impone la LCSP en todos los casos, deba velar durante la ejecución del contrato por la observancia del Convenio Colectivo de aplicación, y en caso de incumplimiento, pueda emplear los remedios contemplados en la LCSP y Pliego para evitar esa situación, mediante penalidades, o, incluso la resolución del contrato, pero ello se corresponde con un momento temporal posterior, y diferente de la adjudicación, sin que quepa impugnar al socaire de la adjudicación del contrato una hipotética ejecución incorrecta del contrato, que además ignoramos en qué términos se desarrollará.

No obstante, incluso si se admitiera la posibilidad de impugnar la adjudicación pese a no estar la oferta incurso en anormalidad, por aplicar un convenio de empresa distinto del previsto en los pliegos, tampoco asistiría la razón a la recurrente en sus pretensiones.

En efecto, sobre la posibilidad de que concurra a la licitación una empresa que no aplique el convenio colectivo sectorial, por aplicar un convenio de empresa, ya nos pronunciamos en nuestras Resoluciones 1461/2019, de 19 de diciembre (rec. Nº 1275/2019 y Resolución nº 552/2020, de 23 de abril (rec. Nº 165/2020); en particular, conforme a nuestra Resolución 1464/2019:

“El artículo 149.4, penúltimo párrafo, se refiere al incumplimiento de lo dispuesto en convenios colectivos sectoriales vigentes, “en aplicación de lo dispuesto en el artículo 201”.

Sin embargo, el artículo 201 de la LCSP no se refiere a convenios colectivos sectoriales, sino que lo que hace es garantizar que el contratista, en la ejecución del contrato, ha de cumplir con las obligaciones establecidas en los “convenios colectivos” (el que resulte de aplicación).

Una interpretación teleológica de las normas transcritas ha de atender la finalidad perseguida por aquéllas. Esta finalidad, como se ha señalado anteriormente, es garantizar a los trabajadores el cumplimiento de los derechos salariales que derivan de su relación laboral.



Ello conduce a garantizar la aplicación de las normas salariales contenidas en el convenio colectivo que resulte de aplicación. La exigencia de condiciones salariales distintas no tiene ninguna repercusión respecto de los trabajadores, pues éstos van a seguir percibiendo lo que se hubiera estipulado en el convenio colectivo aplicable, mientras que daría lugar a la exclusión de licitadores que estuvieran sujetos a un convenio colectivo distinto, dando lugar a una restricción injustificada de la competencia.

En consecuencia, si bien resulta adecuado que, para calcular el precio, el órgano de contratación considere como costes salariales los establecidos en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación, por ser el referente ordinario en el sector (y así se recoge en el artículo 101 de la LCSP), la obligación que se impone al adjudicatario del contrato ha de ser la de cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo que resulte de aplicación.

No obstante, el artículo 122.2 de la LCSP dispone:

“2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán (...) la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; (...).”

Ahora bien, una interpretación literal de este precepto conduciría a que, en el caso de que el adjudicatario del contrato se rigiera por un convenio distinto del convenio sectorial, la celebración de un contrato del sector público supondría una alteración de las condiciones salariales de los trabajadores, dando lugar a una inaplicación parcial (sólo respecto de los trabajadores afectos a la ejecución del contrato) y temporal (sólo durante la ejecución del contrato) del convenio colectivo que resulta de aplicación. Ésta es una situación que no resulta compatible con nuestro derecho laboral y que castiga injustificadamente a entidades del sector público (ya que deben soportar unos costes salariales de sus contratistas superiores a los que soportará cualquier otro contratante).

De una forma más adecuada con la realidad, el artículo 35 de la LCSP, relativo al contenido mínimo del contrato, establece que en los documentos de formalización de los contratos figurará:



“n) La obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación.”

La interpretación conjunta de estos preceptos conduce a que la obligación que haya de figurar en los pliegos sea la de respetar las obligaciones salariales que resulten del convenio colectivo que se encuentre en vigor. Normalmente será el convenio colectivo sectorial, pero en los casos en que resulte de aplicación un convenio colectivo distinto, habrá que estar a las obligaciones salariales establecidas en éste.”

En efecto, de la interpretación conjunta de los art. 201 y 35 LCSP se infiere que la voluntad del legislador era salvaguardar los derechos de los trabajadores, y ello se consigue garantizando que la empresa contratista aplique el convenio *que resulte de aplicación*, que no necesariamente ha de ser el sectorial.

Que la Administración deba atender a un determinado convenio sectorial deriva de la necesidad impuesta por el art. 100 LCSP de calcular los costes de personal con arreglo al convenio de aplicación, y es por ello que como referencia se alude a dicho convenio; pero ello no supone que se vaya a desplazar una norma de derecho laboral, como lo son los Convenios colectivos de empresa, con ocasión de la aprobación de un pliego de cláusulas administrativas, ni tampoco semejante efecto se vería amparado por la Ley 18/2017, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social, dictada en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

A mayor abundamiento, y siendo la quiebra de la libre competencia la piedra angular del recurso de la recurrente, es fundamental destacar que la admisión de la oferta de una licitadora que dispone de un convenio propio (convenio de empresa) no sólo no genera indefensión a la recurrente, al contrario, la exclusión de una oferta por disponer de un convenio de empresa la licitadora es lo que supondría una restricción injustificada de la competencia, pues impediría la participación de aquellas empresas que han hecho uso de una posibilidad legal, cuál es la de disponer de su propio convenio de empresa, y que está expresamente contemplada en el art. 84,2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.



Sexto. En segundo lugar, el recurrente hace hincapié en que, *“de conformidad con el Apartado S del Anexo I del PCAP, en relación sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicaba tal medida, debe aplicarse el Convenio Colectivo de trabajo del Sector de Transporte de Viajeros por carretera de la provincia de Valencia.”*

Y tras citar el art. 130 LCSP y art. 44 ET y jurisprudencia laboral, concluye que:

“Con todo ello, dado que el Convenio Colectivo que ha de aplicarse por mandato legal, en el ámbito público, es el “Convenio Colectivo sectorial de aplicación”, también será este el que disfrutarán los trabajadores tras la subrogación en la prestación del contrato que nos ocupa”

A este respecto, cabe destacar que el órgano de contratación aclara en su informe que no cabía la subrogación, y que por ello no se facilitaron los concretos datos de los trabajadores; y partiendo de dicha premisa, decaería el argumento de la recurrente.

En cualquier caso, no puede dejar de advertirse que el planteamiento de la recurrente parte de un error de concepto, pues la determinación por el órgano de contratación del convenio aplicable lo es a los solos efectos de calcular el coste del contrato (art.100.2 LCSP), y de cumplir con el deber previsto en el art. 130 LCSP de *comunicar* la información sobre los costes laborales asociados a una eventual subrogación, pero no corresponde a los órganos de contratación (ni a este Tribunal, en cuanto revisa las resoluciones de éstos) determinar el régimen laboral de los trabajadores, ni pronunciarse sobre si procede o no la subrogación, siendo de la competencia de la jurisdicción social. (por todas, destaca nuestra Resolución 327/2020, de 5 de marzo). Resulta, por tanto, inadmisibile que se pretenda un pronunciamiento de este Tribunal, siquiera sea *obiter dicta*, sobre una cuestión ajena nuestro ámbito competencial.

Séptimo. Por último, la recurrente alega que el Órgano de Contratación, o la Mesa de Contratación han infringido el párrafo tercero del artículo 150.1 de la LCSP, el cual estipula que:



“Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo.”

No obstante, como ya señalamos en nuestra Resolución 552/2020, la aplicación de un convenio colectivo no puede ser, por sí sola, constitutiva de infracción en materia de defensa de la competencia, antes al contrario, la aplicación del convenio colectivo resulta una obligación, ya que es fuente de la relación laboral, conforme establece el artículo 3.1.) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Sí que pueden concurrir en un convenio colectivo elementos que sean determinantes de alguna infracción en aquella materia (defensa de la competencia), pero corresponde a la recurrente la identificación de tales elementos, sin que pueda calificarse como tal el mero hecho de que las retribuciones en el convenio de empresa sean inferiores a las de convenio colectivo sectorial, de forma y manera que ni el órgano de contratación ni la Mesa puede entenderse que hallan infringido el art. 150.1 LCSP. Ni tampoco cabe que este Tribunal se pronuncie al respecto, ex art. 132.3 LCSP, contrario sensu, como se infiere de la ya citada Resolución 552/2020, que se reproduce parcialmente a continuación:

“Noveno. *El cuarto motivo de impugnación se refiere a una pretendida conducta colusoria llevada a cabo al amparo de la LCSP.*

El artículo 132.3 LCSP establece la forma de proceder en el caso de que el Tribunal aprecie que se han producido actos que pudieran ser constitutivos de infracción en materia de defensa de la competencia. En este caso, el Tribunal deberá notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus



funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

Por su parte, las conductas colusorias se definen en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la siguiente forma:

“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.*



En el caso que nos ocupa, la recurrente se limita a afirmar que “la aplicación del convenio de GESTIONA conlleva cuestiones en materia de conductas restrictivas de la competencia y/o de competencia desleal”. Sin embargo, no existe razonamiento alguno sobre cuál sea el acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que sea constitutivo de la correspondiente infracción.

La aplicación de un convenio colectivo no puede ser, por sí sola, constitutiva de infracción en materia de defensa de la competencia. Antes, al contrario, la aplicación del convenio colectivo resulta una obligación, ya que es fuente de la relación laboral, conforme establece el artículo 3.1.) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Sí que pueden concurrir en un convenio colectivo elementos que sean determinantes de alguna infracción en aquella materia (defensa de la competencia), pero corresponde a la recurrente la identificación de tales elementos. La falta de identificación de los aspectos del convenio colectivo que pudieran ser constitutivos de infracción en materia de defensa de la competencia impide a este Tribunal manifestarse sobre ellos a efectos de remitirlos a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.”

Por lo expuesto, procede desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto.

FALLO

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.C. P., en nombre y representación de la mercantil AUTOCARES HERCA, SL, contra resolución de la Vicepresidencia Primera del Institut Valencià d'Investigacions Agràries (IVIA) de fecha 6 de octubre de 2020, por la que se acuerda la adjudicación del Lote II (línea Segorbe) del contrato para la prestación del “Servicio de transporte del personal del IVIA, en Moncada y Segorbe”.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.