

**Recurso 138/2019****Resolución 305/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 24 de septiembre de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FACTUDATA XXI, S.L.** contra la resolución, de 3 de abril de 2019, del órgano de contratación por la que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicios profesionales para el mantenimiento de una unidad de atención telefónica de primer nivel para los servicios de gestión de citas previas para oficinas de empleo, evaluación de servicios y programas de empleo y comprobación de disponibilidad para ofertas de empleo” (Expte. 2018/35808), promovido por el Servicio Andaluz de Empleo, ente adscrito a la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 20 de julio de 2018, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio fue publicado el 19 de julio de 2018 en el Diario Oficial de la Unión Europea.



El valor estimado del contrato asciende a 3.037.296,00 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.

**SEGUNDO.** 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.

**TERCERO.** Mediante resolución, de 3 de abril de 2019, el órgano de contratación declara la exclusión de la oferta de la entidad FACTUDATA XXI, S.L. (en adelante FACTUDATA) del procedimiento de licitación citado en el encabezamiento.

**CUARTO.** El 12 de abril de 2019 tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FACTUDATA contra el citado acuerdo de exclusión de su proposición.

**QUINTO.** Por la Secretaría del Tribunal, el 15 de abril de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado de empresas licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Dicha documentación tiene entrada en este Tribunal el 25 de abril de 2019.



**SEXTO.** Por Resolución de este Tribunal, de 24 de abril de 2019, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la entidad ahora recurrente.

Posteriormente, previa solicitud del órgano de contratación y tras las alegaciones efectuadas por la recurrente, este Tribunal mediante Resolución, de 16 de julio de 2019, acuerda revocar la medida cautelar adoptada anteriormente.

**SÉPTIMO.** Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 16 de mayo de 2019, se dio traslado del recurso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido en el plazo referido las presentadas por la entidad EULEN, S.A. (en adelante EULEN).

**OCTAVO.** En la tramitación del presente recurso se han cumplido en general todos los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente -FACTUDATA- 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.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra



alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado de 3.037.296,00 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la oferta de la licitación adoptado por el órgano de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción»*.

En el supuesto analizado, en el expediente no consta que la citada resolución, de 3 de abril de 2019, del órgano de contratación de declaración de exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, se le haya remitido ni que la misma haya sido objeto de publicación en el perfil de contratante. Sin embargo, la entidad FACTUDATA en su recurso manifiesta que la recibió el 4 de abril. En este sentido, aun computando el plazo de interposición desde el día de formalización de la resolución, el recurso presentado el 12 de abril de 2019 en el Registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el citado recurso contra la resolución, de 3 de abril de 2019, de exclusión de su oferta adoptada por el órgano de contratación, solicitando que, con estimación del mismo, se acuerde su nulidad, con



retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas económicas, incluyendo su proposición en la misma.

Con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido de las actuaciones realizadas por la mesa y el órgano de contratación por las que se decide excluir la oferta de la entidad ahora recurrente.

Al respecto, el 11 de febrero de 2019, la mesa de contratación adopta, entre otros, el acuerdo de requerir a la entidad FACTUDATA para que justifique su oferta incurso inicialmente en baja anormal.

Una vez aportada por la citada entidad la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, ésta es analizada por la persona titular de la Jefatura del Servicio de Intermediación en el Empleo, que emite informe al efecto el 13 de marzo de 2019.

Posteriormente, la mesa de contratación en la sesión de 22 de marzo de 2019 para el examen del citado informe de 13 de marzo sobre la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta de FACTUDATA, con base en el mismo expone los argumentos por los que propone al órgano de contratación el rechazo de la justificación de la viabilidad de la oferta de la citada entidad y su exclusión de la clasificación.

Por último, el órgano de contratación mediante resolución, de 3 de abril de 2019, declara la exclusión de la oferta de FACTUDATA al no haber justificado la viabilidad de su oferta incurso inicialmente en baja anormal, por los siguientes motivos:

*«- En relación al personal al que aplicar las tablas salariales, tal y como la empresa indica en el punto 1.1.8 del documento de justificación de la oferta, el cálculo se ha realizado teniendo en cuenta que “todas las personas que se adscribirán al servicio serán discapacitadas” y que por tanto el importe anual de la cuota empresarial de Seguridad Social para los trabajadores discapacitados, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, es de 0,00*



euros. Sin embargo las personas que actualmente prestan este servicio en el call center son 33, y de ellas sólo dos tienen una discapacidad superior al 33%, tal y como se publicó en el perfil del contratante del Servicio Andaluz de Empleo.

- A esta licitación le es de aplicación -según recoge el apartado 12 del Anexo I del PCAP- el II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (BOE de 12/07/2017), el cual en su artículo 18 indica los requisitos que se han de seguir para el cambio de empresa de contact center en la prestación de servicios a terceros, entre ellos incorporar al proceso de selección a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado y a que el 90% de la nueva plantilla esté integrado por personal que estaba contratado en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, (siempre que hubiera estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña) salvo que rechacen, en cualquier momento y por cualquier motivo, los requerimientos fehacientes de la nueva contratista para incorporarse al servicio. Asimismo, la nueva empresa debe respetar las condiciones salariales (del convenio) que la persona afectada hubiera venido percibiendo antes de producirse el cambio de empresa.

- La entidad FACTUDATA XXI, SL -atendiendo a los cálculos económicos aportados- no garantizaría el cumplimiento de este convenio, pues aunque en el mismo no se contempla una subrogación automática de trabajadores de empresa saliente y empresa entrante, sí que se prevé que el 90% de la nueva plantilla deberá estar conformada con trabajadores que estaban contratados en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma.

- De igual modo, FACTUDATA XXI, SL estaría obligada a cumplir lo previsto en el PCAP, donde se recoge en su cláusula 12 el cumplimiento de la normativa legal y convencional como condición especial de ejecución del contrato, y se le atribuye el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 de la LCSP que regula las causas de la resolución de los contratos. En concreto, a este respecto se dispone: “(...) Es condición especial de ejecución mantener la plantilla de trabajadores y trabajadoras adscritos a la ejecución del contrato sin que proceda suspensión o extinción de los contratos de trabajo de la plantilla salvo las suspensiones o extinciones consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora, de despidos disciplinarios, disconformidad de la Administración o modificación del contrato por razones de estabilidad presupuestaria y salvo que por circunstancias



*sobrevenidas la empresa se encuentre en algunos de los supuestos previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores”.*

*- No puede tener acogida la justificación de la oferta realizada por la entidad licitadora toda vez que la fundamenta en la hipótesis de que los actuales trabajadores de la empresa no aceptarán la movilidad al nuevo centro de trabajo en que dicha entidad pretende prestar el servicio en ciudad distinta a la actual, lo que le facilitará la contratación de nuevos trabajadores, todos ellos con discapacidad, lo que le permitirá los beneficios en costes salariales incluidos en su informe, base ésta sobre la que realizan los cálculos económicos. Se trata ésta, a juicio de la mesa de contratación, de una hipótesis incierta y basada en una presunta experiencia que no se demuestra documentalmente, toda vez que desconoce la propensión a la movilidad geográfica del personal adscrito actualmente al servicio.*

*Esta justificación debe ser rechazada de acuerdo con el último párrafo del artículo 149.4 in fine de la LCSP: “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.*

*Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”».*

De forma muy sintética, el órgano de contratación entiende que FACTUDATA no justifica la viabilidad de su oferta al no cumplir el artículo 18 del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (Boletín Oficial del Estado de 12 de julio de 2017), de aplicación al presente contrato, por no cumplir la cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), relativa al cumplimiento de la normativa legal y convencional, como condición especial de ejecución del contrato y por fundamentarse en la hipótesis de que las personas trabajadoras de la actual empresa no aceptarán la movilidad



al nuevo centro de trabajo en el que la ahora recurrente pretende prestar el servicio en una ciudad distinta a la actual.

Contra dicha resolución de exclusión la citada entidad FACTUDATA interpone el presente recurso afirmando, tras una extensa argumentación, que no existe ninguna causa válida para su exclusión. En este sentido, señala que el órgano de contratación no ha combatido ninguno de los argumentos económicos esgrimidos en la justificación de la viabilidad de su oferta, limitándose únicamente a establecer de forma indubitada que por parte de FACTUDATA se producirá un incumplimiento del convenio por no proceder a componer la plantilla con al menos un 90% de las personas trabajadoras de la actual adjudicataria, obviando o desconociendo los distintos aspectos legales que se exponen en el escrito de recurso y que abren un amplio abanico de posibilidades en tal sentido, que en su caso tendrá que resolverse en la jurisdicción laboral.

Asimismo, indica que en última instancia, tal y como recoge la LCSP y en el propio PCAP «*la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura de la persona contratista*» y FACTUDATA ha de estar a ello, independientemente de las circunstancias que el devenir en la ejecución del contrato traigan a colación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad EULEN como interesada en el procedimiento, se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

**SEXTO.** Vistas la alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia.

En este sentido, con respecto a la afirmación del órgano de contratación relativa a que la entidad FACTUDATA no cumple el artículo 18 del II Convenio Colectivo



de ámbito estatal del sector de contact center, de aplicación al presente contrato, circunstancia que no se pone en duda en el escrito de recurso, la recurrente tras transcribir dicho artículo en su totalidad afirma que de la lectura del apartado 1 del mismo se desprende que dicho precepto impone a la nueva empresa adjudicataria, no la obligación de incorporar el personal de la anterior contrata a su plantilla sino la de incorporarles al “proceso de selección para la formación de la nueva plantilla”, lo que, en puridad, no constituye una obligación de subrogación laboral.

Para reforzar su alegato de que el citado artículo 18 no impone una obligación de subrogar, trae a colación las Sentencias de 15 de julio de 2013 y de 27 de enero de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, donde según manifiesta se señala que dicho artículo 18 no impone una obligación de subrogar al personal, sino que solo contempla la necesidad de que las personas trabajadoras de la anterior adjudicataria participen en el proceso de selección de la plantilla de la nueva contratista, en los términos establecidos en el mencionado artículo, sin que quepa tampoco hablar de sucesión en empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, cuando la nueva adjudicataria no se limita a continuar con la actividad desempeñada por la anterior, asumiendo para ello la totalidad o parte de su plantilla, sino que aporta sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su know how.

Asimismo, y en relación con la subrogación del personal, trae a colación parte de la Resolución 207/2017, de 18 octubre, de este Tribunal, del Informe 5/2014, de 24 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía y del Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la condición establecida en el apartado 1 del artículo 18 citado de «*Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla*» y la del apartado 2 de que «*el 90% de la nueva plantilla había de integrarse con personal que estaba contratado en la campaña o servicio por la anterior*



*empresa»*, no se pueden cumplir por parte de la entidad al afirmar que todas las personas adscritas al servicio serán discapacitadas. Asimismo, indica que la referida obligación de nueva contratación a favor del 90% de la plantilla actual impuesta por el convenio de aplicación -aunque no se establezca como condición de subrogación laboral- se incumple por FACTUDATA al calcular la proposición económica, pues presume que la plantilla solo estará formada por personas discapacitadas.

Pues bien, para analizar la controversia hemos de partir de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del tantas veces citado artículo 18 de convenio de aplicación. Dice así en lo que aquí interesa:

*«Artículo 18. Cambio de empresa de Contact Center en la prestación de servicios a terceros.*

*Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a:*

*1. Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla (...).*

*2. Contratar a las personas que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios:*

*2.1 Ya se ejecute la campaña en plataforma interna, como en plataforma externa, a partir de la publicación del Convenio el 90 % de la nueva plantilla habrá de integrarse con personal que estaba contratado en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubiera estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña.*

*La obligación de contratar prevista en el presente artículo no entrará en vigor respecto de aquellos empleados que, o bien no pongan sus datos a disposición de la nueva contratista, o bien rechacen, en cualquier momento y por cualquier motivo, los requerimientos fehacientes de la nueva contratista para incorporarse al servicio. (...).*».



Así pues, en cuanto a la cuestión controvertida, dichos apartados 1 y 2 del artículo 18 establecen dos obligaciones claras: en primer lugar el incorporar al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla a todo el personal de la actual empresa correspondiente a la campaña o servicio finalizado; y en segundo lugar, la de contratar el 90 % de la nueva plantilla con personal que lo estaba en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubiera estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña, salvo de aquellas personas empleadas que voluntariamente no lo deseen.

En modo alguno, dicha disposición establece la obligación de subrogar al personal, como señala el órgano de contratación en la resolución, de 3 de abril de 2019, donde declara la exclusión de la oferta de FACTUDATA y manifiesta que en el citado artículo 18 *«no se contempla una subrogación automática de trabajadores de empresa saliente y empresa entrante»*. Circunstancia que asimismo alega la recurrente cuando hasta la presente basa su alegato en que en dicho artículo no se exige una obligación de subrogación laboral, pero como se ha expuesto el incumplimiento lo es porque en la justificación de su oferta incumple lo exigido en el artículo 18, no porque no se subrogue en sentido estricto en el personal de la anterior contratista.

En efecto, ninguna de ambas obligaciones exigidas en los apartados 1 y 2 de dicho artículo 18 se asumen en el estudio de viabilidad de la oferta de FACTUDATA, pues para acreditar la misma parte de la premisa de que la ejecución de la prestación solo la realizará con personal con discapacidad, lo que le supondría un ahorro de los costes de seguridad social.

En este sentido, como expone el órgano de contratación en su resolución, de 3 de abril de 2019, la justificación de la viabilidad de su oferta la fundamenta FACTUDATA en la hipótesis de que las actuales personas trabajadoras no aceptarán la movilidad al nuevo centro de trabajo en el que dicha entidad pretende prestar el servicio en una ciudad distinta a la actual, ello le facilitará la contratación de nuevas personas trabajadoras, todas ellas con discapacidad, lo que le permitirá los beneficios en costes salariales incluidos en su informe, y



sobre esta base realiza los cálculos económicos de su oferta. Al respecto, la recurrente en su escrito de impugnación afirma que la aceptación de incorporación a la selección de la plantilla por parte de las personas trabajadoras cuando lleva consigo una movilidad geográfica de las características expuestas (cambio de ciudad de residencia) es prácticamente nula.

Dicha justificación, como alega el órgano de contratación en la citada resolución de 3 de abril, no puede ser aceptada pues se trata de una hipótesis basada en una presunta experiencia propia, sin que manifieste conocer la propensión a la movilidad geográfica del personal adscrito actualmente al servicio, y ello con independencia de que haya o no aportado prueba documental, pues la decisión depende exclusivamente de la voluntad de cada persona trabajadora que podrá ser adoptada en función de múltiples factores, que la potencial empresa entrante no puede conocer ni controlar ni presumir por mucha experiencia que tenga en el sector. Al respecto, el último inciso del párrafo segundo del artículo 149.6 de la LCSP dispone que *«En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica»*.

No es posible, asimismo, atender al alegato de la recurrente relativo a que el órgano de contratación en ningún momento pone en duda los datos económicos que aporta, basando su exclusión específicamente en el incumplimiento del convenio, y ello porque no solo la nueva LCSP introduce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral, sobre todo en los contratos de servicios donde la partida de personal es determinante, sino porque la propia norma contractual así lo exige de forma expresa en su artículo 149, que dispone en el penúltimo párrafo de su apartado 4 que *«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.»*.



Asimismo, y respecto al presente motivo del recurso, la recurrente tras hacer una exposición de la información publicada en el perfil de contratante conforme al artículo 130 de la LCSP, trae a colación el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 14 del convenio citado afirmando que, de acuerdo a lo publicado en referencia al personal adscrito actualmente a la ejecución del servicio, y por aplicación del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, 21 contratos de obra o servicios determinados, al día de la resolución de su exclusión, son *de facto* contratos indefinidos.

En este sentido, señala tras traer a colación parte de la Sentencia 290/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de la Sentencia 786/2018 del Tribunal Supremo, que a la vista de ambas sentencias los contratos indefinidos no relacionan su objeto y duración a ninguna obra o servicio determinado, por lo que en puridad no habría obligación alguna por su parte de proceder a incluir en la selección del personal que ha de componer la plantilla para la ejecución del servicio a las 24 actuales personas trabajadoras prestadoras del servicio con contrato indefinido.

También indica que en relación con las 9 personas trabajadores con contrato por obra o servicio determinado, una de ellas tiene reconocido un grado de discapacidad superior al 33%, por lo que no estaría afectado por las limitaciones que se establecen por el órgano de contratación; y respecto de las ocho restantes, indica que ya había declarado que los invitaría a participar en el proceso de selección previsto en el citado artículo 18. En este sentido, la recurrente partiendo de la premisa de que todas ellas aceptaran y fueran seleccionadas, hace una serie de cálculos sobre el coste de la seguridad social y sobre el beneficio anual previsto por ella, para concluir que incluso así su oferta seguiría manteniendo un resultado positivo.

Pues bien, dicho razonamiento no puede aceptarse, pues la recurrente ni acreditó tales circunstancias en la justificación de la viabilidad de su oferta, ni las mismas enervan el hecho incuestionable del incumplimiento en los términos expuestos *ut supra* de las exigencias prevista en los apartados 1 y 2 del citado artículo 18 del convenio de aplicación.



Tampoco se enerva dicho incumplimiento por la indicación que hace la recurrente de que en última instancia, tal y como se recoge en la LCSP y en el propio PCAP, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura de la persona contratista, pues dicha afirmación lo es sin perjuicio de que se deba de cumplir con el resto de la normativa contractual, ni el principio de riesgo y ventura puede convalidar la obligación de justificar la viabilidad de una oferta inicialmente incurra en baja anormal, ni su rechazo si a juicio del órgano de contratación no se justifica la anormalidad.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, procede desestimar el primer motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** El incumplimiento por parte de la oferta de la entidad ahora recurrente analizado y determinado en el fundamento de derecho anterior es causa suficiente para rechazar su proposición, sin que sea necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 36/2017, de 15 de febrero y 35/2018, de 8 de febrero, entre otras muchas).

Sin embargo, atendiendo al principio de congruencia y con objeto de dejar zanjada la cuestión se va a proceder al análisis del segundo y último de los motivos del recurso, relativo a la afirmación del órgano de contratación de que la entidad FACTUDATA no cumple la cláusula 12 del PCAP, concerniente al cumplimiento de la normativa legal y convencional, como condición especial de ejecución del contrato, en el que la recurrente afirma que el órgano de contratación no puede utilizar una condición de ejecución del contrato como causa para la exclusión de una entidad licitadora.

En este sentido afirma que el momento para el cumplimiento de dicha condición de ejecución será la fecha de formalización de los contratos de trabajo, y dado que todos ellos serán *ex novo*, al no imponerse la subrogación legal o convencional, no se puede utilizar como antecedente de cumplimiento de la condición especial de ejecución la relación de personas trabajadoras de la actual adjudicataria, pues en dicho caso se estaría imponiendo, por la vía de los hechos y de forma torticera, una subrogación forzada de los mismos, obviando



lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y en el convenio colectivo de aplicación.

Pues bien, la cláusula controvertida se recoge en el anexo I del PCAP, por remisión al mismo de su cláusula 12. Dice así en la parte que se transcribe en el recurso: *«Es condición especial de ejecución mantener la plantilla de trabajadores y trabajadoras adscritos a la ejecución del contrato sin que proceda suspensión o extinción de los contratos de trabajo de la plantilla salvo las suspensiones o extinciones consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora, de despidos disciplinarios, disconformidad de la Administración o modificación del contrato por razones de estabilidad presupuestaria y salvo que por circunstancias sobrevenidas la empresa se encuentre en algunos de los supuestos previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.»*.

Pues bien, al respecto manifiesta la recurrente y que en principio comparte este Tribunal que el momento para el cumplimiento de dicha condición de ejecución será la fecha de formalización de los contratos de trabajo, que habrá de ser lógicamente con carácter previo al inicio de la ejecución del contrato.

En este sentido, respecto al momento en el que ha de apreciarse un posible incumplimiento de las cláusulas de los pliegos que afectan a la ejecución del contrato, este Tribunal se ha manifestado en multitud de ocasiones, valga por todas una de las más recientes, la Resolución 25/2019, de 31 de enero, en la que se dispone en lo que aquí interesa que *«la adscripción de los medios personales a los que se comprometen las distintas entidades licitadoras es una obligación que asume la entidad adjudicataria, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. En efecto, la efectiva adscripción de los medios personales es una obligación que asume la entidad licitadora que debe verificarse en la fase de ejecución del contrato, sin que sea razonable adivinar ni presumir que la entidad adjudicataria, que ha asumido el compromiso de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente, vaya a incumplirlo, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos»*.



Así pues, no puede presumirse ab initio un posible incumplimiento de los pliegos por parte de una entidad adjudicataria que afecte a la ejecución del contrato, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos, circunstancia ésta última que a juicio de este Tribunal se produce en el supuesto examinado.

En efecto, en la justificación de la viabilidad de su oferta afirma FACTUDATA que todas las personas que se adscribirán al servicio serán discapacitadas. En este sentido, dado que el total de la plantilla de personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato, conforme se establece en la citada resolución del órgano de contratación, de 3 de abril de 2019, representa un total de 33, teniendo solo dos ellas una discapacidad superior al 33%, se produce un incumplimiento por parte de FACTUDATA de 31 personas trabajadoras, sin que la excepciones previstas en la citada cláusula 12 del PCAP dependan de la voluntad de dicha entidad.

En este sentido, dicha cláusula exige mantener la plantilla de personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato, sin que proceda la suspensión o extinción de los contratos de trabajo de la plantilla, salvo aquellas que sean consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora, de despidos disciplinarios, disconformidad de la Administración o modificación del contrato por razones de estabilidad presupuestaria así como que por circunstancias sobrevenidas la empresa se encuentre en algunos de los supuestos previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, circunstancias todas ellas que como se ha dicho no dependen de la voluntad de la entidad licitadora.

En definitiva, conforme se ha expuesto, se constata de forma objetiva que la entidad FACTUDATA, de ser la adjudicataria del contrato, a fecha de inicio de la ejecución de la prestación, no va a cumplir con la citada cláusula 12 del PCAP, por lo que el presente motivo del recurso debe, asimismo, desestimarse.

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 **FACTUDATA XXI, S.L.** contra la resolución, de 3 de abril de 2019, del órgano de contratación por la que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicios profesionales para el mantenimiento de una unidad de atención telefónica de primer nivel para los servicios de gestión de citas previas para oficinas de empleo, evaluación de servicios y programas de empleo y comprobación de disponibilidad para ofertas de empleo” (Expte. 2018/35808), promovido por el Servicio Andaluz de Empleo, ente adscrito a la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo.

**SEGUNDO.** 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.

**TERCERO.** Notificar 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.

