

**Recurso 17/2021**

**Resolución 270/2021**

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

Sevilla, 8 de julio de 2021.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FACTUDATA XXI, S.L.** contra la resolución, de 7 de enero de 2021, del órgano de contratación por la que se excluye su proposición del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio para el tratamiento y la gestión de la documentación del archivo judicial territorial de Málaga” (Expediente CONTR 2020 0000383693), convocado por la Delegación Territorial de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 21 octubre de 2020, 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 de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 981.938,20 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil. Asimismo, el 23 de octubre de 2020, el mencionado anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y



del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 7 de enero de 2021, el órgano de contratación excluye la proposición de la entidad FACTUDATA XXI, S.L..

**SEGUNDO.** El 18 de enero de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FACTUDATA XXI, S.L. (en adelante FACTUDATA) contra la citada resolución de 7 de enero de 2021.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 19 de enero de 2021, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 26 de enero 2021.

Mediante Resolución de 28 de enero de 2021 de este Tribunal se acuerda adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la entidad ahora recurrente.

Con fecha 17 de febrero de 2021, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad INTEGRA MGSÍ CEE ANDALUCÍA, S.L. (en adelante INTEGRA).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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



la potencial estimación de recurso que se examina en su totalidad supondría que dicha entidad estuviese en condiciones de obtener la adjudicación.

**TERCERO.** En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la entidad ahora recurrente por ser su oferta anormal o desproporcionada, 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.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la resolución de 7 de enero de 2021 de exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente le fue notificada el 8 de enero de 2021, por lo que el recurso presentado el 18 de enero de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que se circunscriben al alegato contra la exclusión de la oferta de la ahora recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 7 de enero de 2021, en la que se contiene la exclusión de su oferta, solicitando a este Tribunal que, con estimación íntegra del mismo, *«se acuerde la nulidad de la exclusión impugnada, dejándola sin efecto, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas económicas de las empresas licitadoras en el procedimiento abierto, con la inclusión en el mismo de FACTUDATA XXI, S.L., de acuerdo con lo establecido en el artículo 150 de la LCSP.»*

En dicha resolución de 7 de enero de 2021, del órgano de contratación se resuelve *«Declarar la exclusión de la empresa FACTUDATA XXI S.L. de este procedimiento de contratación por comprobar este órgano de contratación que la oferta es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables en los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 y en el párrafo quinto del apartado cuarto del artículo 149 de la LCSP.»*. En el cuerpo de la citada resolución en lo que aquí interesa se indica lo siguiente:

«1.- Sobre los costes del servicio



La empresa FACTUDATA XXI, S.L., basa la reducción de sus costes, esencialmente, en su condición de Centro Especial de Empleo, puesto que el salario anual aplicable a las personas trabajadoras sería el derivado del XV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019) y por la concesión de ayudas directas para todos los trabajadores discapacitados, a saber, la bonificación del 100 % de las cuotas empresariales de la Seguridad Social y una subvención de coste salarial.

En primer lugar, cabe señalar que la empresa FACTUDATA XXI, S.L. ha acreditado la condición de centro especial de empleo, constando en el expediente certificado del Servicio Andaluz de Empleo en el cual se indica que se encuentra debidamente acreditada en el Registro de Centros Especiales de Empleo, con n.º CEE-427/MA.

Tras ello, se procede a analizar el coste salarial de las personas trabajadoras, aplicando la empresa el importe salarial que viene recogido en el XV Convenio Colectivo.

La empresa declara que siete de las ocho personas trabajadoras disponibles para el presente contrato serían discapacitadas y el coste salarial es el resultante de aplicar las tablas del precitado convenio más los pactos de naturaleza salarial existentes con tres trabajadores. No obstante, hay que recordar lo establecido en el artículo 29.2 en su párrafo primero del XV Convenio Colectivo: *“Los centros especiales de empleo que no tengan la consideración de iniciativa social de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, cuando presten servicios a terceros indistintamente de la modalidad jurídica utilizada, se regularán en materia salarial por lo establecido en el Convenio colectivo del sector de actividad en el que los trabajadores realicen sus tareas siempre que las retribuciones fijadas en éstos sean superiores a las establecidas en las tablas salariales del presente Convenio”.*

Del tenor literal del precepto transcrito se desprende que el convenio aplicable debe ser el III Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Málaga, actualmente vigente (BOP 175, de 14 de septiembre de 2016), tal y como, además, se señala en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que se ha tomado para el cálculo del coste salarial del presupuesto básico de licitación.



Si tomamos como referencia para determinar el cálculo del coste salarial del presente contrato el referido III Convenio Colectivo, observamos que sus tablas salariales son más elevadas que las contenidas en el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

En relación con los costes del servicio se han desglosado suficientemente los gastos de los préstamos de los órganos judiciales de la provincia. Lo mismo se puede señalar con respecto a la partida de gastos generales.

## 2.- Sobre los ingresos del servicio

Por lo que respecta a las ayudas y subvenciones que la empresa oferente declara que va a recibir, se señala que no contravienen el artículo 149.5 de la LCSP, dado que se ha declarado que la bonificación de las cuotas de la Seguridad Social no tienen carácter de mínimis, de acuerdo con el Reglamento n.º 1407/2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de la Unión Europea a las ayudas de mínimis. Señalan que no vulneran lo establecido en el artículo 149.5 de la LCSP porque ya las han recibido con anterioridad y nunca les han dicho que sean ayudas de Estado que contravengan el Derecho comunitario. Entendemos que no debemos cuestionar estas afirmaciones, porque las subvenciones dependerán de la adjudicación del contrato y su disminución o no otorgamiento entran dentro del riesgo que asume el empresario.

Se han justificado los gastos generales y los costes derivados de los préstamos de expedientes a los órganos judiciales de la provincia, así como que se ha justificado suficientemente que las ayudas que van a recibir son conformes al artículo 149.5 de la LCSP. Sin embargo, los costes salariales reales y derivados de la correcta elección del Convenio colectivo aplicable son más elevados que los determinados por la empresa, por lo que se puede concluir que no se ha justificado la viabilidad de la oferta de la empresa FACTUDATA XXI, S.L. para la ejecución del Contrato de servicio para el tratamiento y la gestión de la documentación del Archivo Judicial Territorial de Málaga (CONTR 2020/383693), en virtud de lo establecido en el párrafo quinto del apartado cuarto del artículo 149 de la LCSP, que señala 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”*.



A la vista de la documentación justificativa presentada por la empresa y del contenido y fundamentos del informe técnico, valorado y asumido por la mesa, no se considera justificado el importe ofertado por la empresa FACTUDATA XXI, S.L., para la realización del servicio.».

Como se ha expuesto, el recurso combate la exclusión de la oferta de la entidad FACTURADA, ahora recurrente, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada. En dicho escrito, en aras a su defensa la recurrente esgrime tres motivos, que denomina escenarios, afirmando que justifica la viabilidad de su oferta:

1. Mantenimiento del convenio actual.
2. Aplicación del convenio de oficinas y despachos manteniendo los salarios brutos de las actuales personas trabajadoras.
3. Aplicación del convenio colectivo de oficinas y despachos con nuevas contrataciones.

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 interesada INTEGRA 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.** Como se ha expuesto, en el recurso la recurrente combate la exclusión de su oferta incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada. En el primer motivo del recurso, afirma que manteniendo el convenio actual, esto es el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (en adelante el Convenio de discapacidad), justifica la viabilidad de su oferta.

En este sentido, señala que el único aspecto controvertido y aquel por el que se acuerda su exclusión son los costes salariales, fruto de la aplicación del Convenio de discapacidad. Sin embargo, indica que la información a efectos de subrogación que se ha proporcionado en el anexo I del pliego de prescripciones técnicas (PPT) incluye las categorías aplicables al citado convenio, precisamente por el requerimiento que le efectuó el órgano de contratación como actual prestataria del servicio, donde se le exigía expresamente el



convenio colectivo de aplicación, señalándose en el documento anexo al PPT «Relación personal subrogable» publicado en el perfil de contratante que *«El convenio colectivo de aplicación es el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad»*.

Asimismo, afirma que al contrario de lo que se indica en el acuerdo de su exclusión, en el anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) no se fija, en ningún caso, que el convenio de aplicación deba ser el III Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de la provincia de Málaga, dado que según la doctrina de los distintos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, también seguida por ese Tribunal, determinar el convenio colectivo concreto que resulta de aplicación constituye una cuestión ajena al órgano de contratación, ya que se trata de una cuestión propia del derecho laboral, que correspondería dilucidar, en todo caso, a la jurisdicción social. Para reforzar su alegato reproduce parte de las resoluciones 139/2018 de este Tribunal y 76/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

En este sentido, manifiesta que dado que los pliegos son la ley del contrato y que el órgano de contratación no ha manifestado en ningún momento la oposición a la aplicación del Convenio de discapacidad considera que tácitamente ha sido aceptada y que, por la doctrina de los actos propios, no puede desvincularse de este hecho a posteriori, usando dicho argumento para proceder a su exclusión. A mayor abundamiento, y a título meramente informativo, indica que es actualmente la adjudicataria del servicio para el tratamiento y la gestión documental del archivo judicial de Málaga, y que ha venido aplicando el XIV y el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad desde abril de 2018, sin ninguna objeción durante su ejecución por parte del órgano de contratación.

Por último, señala la recurrente que el ámbito funcional del III Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de la provincia de Málaga (en adelante Convenio de oficinas y despachos) resulta tan amplio y ambiguo que considera que no está claro que éste deba ser el convenio de aplicación a la actividad que se licita. En este sentido, indica que no existe una coincidencia clara entre las tareas que aparecen en el pliego y aquellas que engloban el citado convenio, dado que, al ser éstas tan genéricas, bien podría existir uno o varios convenios colectivos cuya aplicación se encuadre mejor a las funciones a realizar en el presente contrato, por lo que no tiene por qué existir un único convenio colectivo que se adecúe a un cierto contrato, de tal forma que a su juicio el órgano de contratación, previamente a proceder a su exclusión y teniendo en



cuenta la entidad y el perjuicio que causa dicha medida, podría haber efectuado una consulta a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos con el fin de dilucidar qué convenio colectivo resulta de aplicación, en lugar de optar, de forma directa, por una medida tan contundente como lo es la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma, tras reproducir el artículo 29.2 del Convenio de discapacidad citado en el acuerdo de exclusión, que FACTUDATA en su documentación aportada en el trámite de audiencia en la justificación de la viabilidad de su oferta reconoce que no ostenta la consideración de centro especial de empleo de iniciativa social, y dado que va a prestar servicios a terceros, indistintamente de la modalidad jurídica utilizada, se le debe aplicar la consecuencia jurídica de aplicar el convenio colectivo del sector de actividad en el que las personas trabajadoras realicen sus tareas. En este sentido, menciona la Sentencia n.º 135/2019, de 14 de noviembre, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que viene a declarar la legalidad del contenido del ya citado artículo 29.2 del Convenio de discapacidad, justificando la distinción en la regulación en cuanto a las retribuciones del personal contratado por centros especiales de empleo de iniciativa social regulados en el artículo 43.4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, distinción que desaparece, por mor del párrafo segundo del artículo 29.2 del citado convenio, cuando estos centros especiales de iniciativa social tengan personal realizando alguna actividad dentro de la Administración Pública o trabajando directamente para ella, a través de cualquier forma de licitación, en cuyo caso serán retribuidos según los convenios que resulten de aplicación para la actividad y puestos de las personas trabajadoras a excepción de aquellas que liciten vía contratación reservada, por lo que sea cual fuere la consideración del centro especial de empleo, siempre que el personal realice alguna actividad para la Administración Pública, a través de cualquier forma de licitación, se les debe retribuir de conformidad con el convenio colectivo que resulte de aplicación para la actividad en la cual las personas trabajadoras realicen sus tareas.

Asimismo, alega el informe al recurso que se ha tenido en cuenta para la determinación de los costes salariales el Convenio de oficinas y despachos, dado que así se indica expresamente tanto en la memoria justificativa como en el apartado segundo del anexo I del PCAP, que reproduce. También señala que en el apartado 13 del anexo I del PCAP se incluye el listado del personal subrogable, indicando que la obligación de subrogación no deviene del Convenio de discapacidad, sino de la regulación del apartado segundo del





artículo 130.2 de la LCSP que dispone que *«Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato»*.

Por último, INTEGRA en su escrito de alegaciones al recurso indica que los documentos que han regido la licitación que nos ocupa establecen claramente que el convenio colectivo que se ha tomado en consideración para el cálculo de los costes laborales a efectos de determinación del presupuesto base de licitación y del precio, es el Convenio de oficinas y despachos.

Asimismo, indica que no es admisible el argumento de que el convenio colectivo de aplicación es una cuestión ajena a los pliegos reguladores de la licitación, pues de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 100.2, 101 y 102 de la vigente LCSP, es justamente lo contrario, esto es los pliegos deben recoger la determinación de todos los costes de la prestación, incluidos los laborales, para lo cual han de atender, precisamente, al convenio colectivo que se considere aplicable, y así ha actuado en este caso la Administración contratante

A juicio de INTEGRA, tampoco puede admitirse el alegato de la entidad recurrente en el que manifiesta su discrepancia con las conclusiones alcanzadas, pues no acredita que realmente estemos ante uno de los supuestos susceptibles de neutralizar la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración.

**SÉPTIMO.** Vistas las alegaciones de las partes respecto al primer motivo del recurso, procede su análisis. Al respecto, la cuestión a dilucidar es si en el presente caso el convenio colectivo a aplicar durante la ejecución del contrato es el de la discapacidad, como indica la recurrente, o el de los despachos y oficinas, como señala el órgano de contratación y la entidad INTEGRA.

En primer lugar, la ahora recurrente alega que en el requerimiento que le efectuó el órgano de contratación como actual prestataria del servicio, se le exigía expresamente el convenio colectivo de aplicación, señalándose en el documento anexo al PPT «Relación personal subrogable» publicado en el perfil de contratante que *«El convenio colectivo de aplicación es el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad»*, afirmando que los pliegos son la ley del contrato y dado que el órgano



de contratación no ha manifestado en ningún momento la oposición a la aplicación del Convenio de discapacidad considera que tácitamente ha sido aceptada su aplicación.

Pues bien, dicho requerimiento lo realiza el órgano de contratación, conforme al segundo párrafo del artículo 130.1 de la LCSP, que dispone que *«(...) la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.»*.

Así las cosas, la finalidad de la norma transcrita es que las potenciales entidades licitadoras en los supuestos en los que exista la obligación de subrogarse como persona empleadora en determinadas relaciones laborales, dispongan de la información necesaria para poder realizar una oferta en condiciones de igualdad, incluido el convenio colectivo por el que se han estado rigiendo las personas trabajadoras de la anterior contratista, pero ello no supone que ese convenio sea el de aplicación en la nueva contratación que se licita.

En este sentido, como expone el informe al recurso, tanto en la memoria justificativa como en el apartado 2 «Presupuesto base de licitación y precio del contrato» del anexo I del PCAP, se indica que para la determinación de los costes salariales se ha tenido en cuenta el Convenio de oficinas y despachos, pero ello no supone necesariamente que ese sea el convenio colectivo que haya de aplicarse en la ejecución del presente contrato.

En efecto, en el supuesto examinado, en el que la proposición de la entidad ahora recurrente fue excluida de la licitación por no justificar la viabilidad de su oferta inicialmente incurrido en baja anormal, cobra especial relevancia el penúltimo párrafo del artículo 149.4 de la LCSP que dispone 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.*» (el subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 201 de la LCSP, referido a las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, indica en lo que aquí interesa lo siguiente: *«(...) El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192.»*

Así las cosas, el penúltimo párrafo del artículo 149.4 de la LCSP alude al *“incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”*. No así, el citado artículo 201 de la LCSP, 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”*, esto es en los que resulten de aplicación.

En definitiva, si bien resulta procedente que, para calcular el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, en los pliegos se consideren como costes salariales los establecidos en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación, por ser el referente ordinario en el sector, ex artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, la obligación que se exige a la persona contratista es la de cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo que resulte de aplicación, ex artículos 201 y 35.1.n) de la LCSP.

En este sentido, si bien es cierto que el artículo 122.2 de la LCSP, relativo al pliego de cláusulas administrativas particulares, dispone que en dicho pliego se incluirán, entre otras, la obligación de la persona adjudicataria de cumplir las condiciones salariales del personal conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación, dicha exigencia no debe interpretarse de forma literal pues ello supondría que si el futuro contratista se rigiese por un convenio distinto del sectorial, la celebración del contrato supondría una alteración de las condiciones salariales de las personas trabajadoras, dando lugar a una inaplicación parcial, sólo respecto de las afectas a la ejecución del contrato, y temporal, sólo durante la ejecución del contrato, del convenio colectivo sectorial que resulta de aplicación.



Al respecto, de una forma adecuada con la realidad, el artículo 35 de la LCSP «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 los preceptos expuestos 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, que normalmente será el convenio colectivo sectorial, pero en los casos en que resulte de aplicación un convenio colectivo distinto, habrá de estarse a las obligaciones salariales establecidas en éste.

En este mismo sentido se ha expresado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1464/2019, de 19 de diciembre.

En consecuencia, en el supuesto examinado, en principio, le podría ser aplicable a la entidad FACTUDATA el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

Al respecto, en el supuesto que nos ocupa, la recurrente es una empresa constituida jurídicamente como Centro Especial de Empleo. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad, a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario y la relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo es de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y se rige por su normativa específica.

Como se ha expuesto, la recurrente afirma que en la presente licitación le es de aplicación el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. En este sentido, no le corresponde evidentemente a este Tribunal la interpretación de los convenios colectivos ni las normas



laborales en general, pero sí procede atender, a efectos de resolver un recurso especial en materia de contratación, a la interpretación que de dichas normas hayan efectuado los Tribunales del orden jurisdiccional social.

Al respecto, en lo que aquí interesa, ha de reproducirse el artículo 29.2 del Convenio de discapacidad cuyo tenor es el siguiente: *«Los centros especiales de empleo que no tengan la consideración de iniciativa social de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, cuando presten servicios a terceros indistintamente de la modalidad jurídica utilizada, se regularan en materia salarial por lo establecido en el Convenio colectivo del sector de actividad en el que los trabajadores realicen sus tareas siempre que las retribuciones fijadas en éstos sean superiores a las establecidas en las tablas salariales del presente Convenio.*

*Igualmente, los centros especiales de empleo regulados en el citado artículo 43.4 que tengan personal realizando alguna actividad dentro de la administración pública o trabajando directamente para ella, a través de cualquier forma de licitación, serán retribuidos según los Convenios que resulten de aplicación para la actividad y puestos de los trabajadores a excepción de aquellos que liciten vía contratación reservada. Esta afectación a las tablas salariales relativas a la actividad que realicen los trabajadores será de aplicación para los procesos de licitación que se publiquen posteriormente a la entrada en vigor de este Convenio y así lo establezcan los mencionados procesos.».*

Asimismo, sobre la legalidad del citado precepto, se ha pronunciado la Sala de lo social de la Audiencia Nacional en su Sentencia 135/2019, de 14 de noviembre, recurso 207/2019, indicando en lo que aquí concierne lo siguiente:

*«La jurisprudencia, por todas STS 3-11-2004, rec. 180/2003, que confirmo STSJ Galicia 1-07-2003, rec. 6/2003, ha examinado si concurre o no vulneración del principio de igualdad, cuando se establecen distintas tablas salariales en el convenio para los centros especiales de economía social y empresarial, concluyendo lo siguiente (...).*

*La Sala comparte la tesis antes dicha, por cuando no estamos ante empresas iguales, como defendió CONACEE, aun cuando los centros especiales de empleo de iniciativa social y empresarial compartan finalidades, estén obligados a desplegar unidades de apoyo para alcanzar sus fines y tengan que contratar un mínimo del 70% de*



*discapacitados en sus plantillas, puesto que las primeras carecen de afán de lucro y están obligadas a reinvertir todos sus beneficios en la consecución de sus fines o en los propios centros especiales de empleo, mientras que las segundas, cuya contribución a la empleabilidad y a la integración social de los discapacitados es patente, puesto que el empleo es la fórmula más enérgica de integración social, tienen, además, otro objetivo, al igual que el de cualquier otra empresa, consistente en obtener el máximo beneficio para sus dueños.*

*Es notorio, a nuestro juicio que, si un centro especial de empleo justifica su razón de ser, además de alcanzar sus fines sociales, en la obtención del máximo beneficio, no puede compararse con un centro especial de empleo de iniciativa social, cuya razón de ser es exclusivamente la alimentación de los medios materiales y personales necesarios para alcanzar sus fines, sin la búsqueda de lucro alguno, para lo cual reinvierten todos sus beneficios para alcanzar dichos objetivos sociales.*

*Consiguientemente, el trato salarial desigual, establecido en el art. 29.2 del convenio, no vulnera el principio de igualdad, garantizado por el art. 14 CE, en relación con el art. 17 ET, al tratarse de una medida idónea, razonable y proporcionada para el logro de las finalidades propuestas, por cuanto facilita la activación de los instrumentos necesarios para multiplicar las herramientas de integración de los trabajadores discapacitados, puesto que un menor coste salarial mejorará las posibilidades de contratación de los centros especiales de empleo de iniciativa social en el mercado, lo que incrementará su competitividad y también sus beneficios, lo cual multiplicará las oportunidades de empleo y de integración social de un mayor número de discapacitados, puesto que reinvertirán todos sus beneficios para el logro de dichos objetivos, sin que dicha distinción cierre el mercado a los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial, quienes deberán, haciendo honor a su denominación, incrementar su productividad para competir eficientemente.*

*Dicha conclusión no puede enervarse por las STS 24-11-2015, rec. 136/14 y 2-02-2017, rec. 2012/15, que aplicaron el convenio colectivo propio de los CEE frente al convenio colectivo sectorial, por cuanto se trata de un debate totalmente distinto al aquí propuesto, ya que aquí se está aplicando precisamente lo pactado en el convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, sin que podamos convenir, de ningún modo, que el art. 29.2 invade a otros convenios sectoriales, por cuanto se limita a establecer la aplicación de los salarios superiores de la actividad correspondiente.».*

De lo expuesto se infiere que, teniendo en cuenta que no se discute que FACTUDATA no es un centro especial de empleo de iniciativa social, en el supuesto que se examina no son de aplicación las tablas salariales del Convenio de discapacidad, sino las del Convenio colectivo del sector de actividad en el que las



personas trabajadoras realicen sus tareas siempre que las retribuciones fijadas en éstos sean superiores a las establecidas en las tablas salariales del presente Convenio de discapacidad.

Resta por tanto por analizar, cuál es el sector de actividad en el que las personas trabajadoras van a realizar su tareas en la ejecución de la prestación que se licita. En este sentido, señala la recurrente que el ámbito funcional del Convenio de oficinas y despachos resulta tan amplio y ambiguo que considera que no está claro que éste deba ser el convenio de aplicación a la actividad que se licita. Sin embargo, no manifiesta qué convenio sería a su juicio de aplicación limitándose a manifestar que el órgano de contratación debió haber solicitado consulta a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Así las cosas, no cabe duda que el Convenio de oficinas y despachos de Málaga se adecúa en mayor o menor medida al objeto de la presente licitación que es el servicio para el tratamiento y la gestión de la documentación del archivo judicial territorial de Málaga, lo que no ha sido enervado por la recurrente.

En definitiva, la ahora recurrente en el supuesto que se examina conforme al artículo 29.2 del Convenio de discapacidad hubo de aplicar las tablas salariales del Convenio de oficinas y despachos de Málaga, al ser estar superiores a las del citado Convenio de discapacidad.

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

**OCTAVO.** En el segundo y tercero de los motivos del recurso, la recurrente afirma que aplicando el convenio de oficinas y despachos, por un lado, manteniendo los salarios brutos de las actuales personas trabajadoras, o por otro lado, con contrataciones ex novo, justifica en ambos casos la viabilidad de su oferta.

En primer lugar, en cuanto al mantenimiento de los salarios brutos de las actuales personas trabajadoras, indica la recurrente en síntesis que incluso con la aplicación de las tablas salariales actualmente vigentes del referido Convenio de oficinas y despachos, aplicando las categorías que aparecen en el pliego para la determinación del precio del contrato y manteniendo el salario anual de aquellas personas trabajadoras cuya retribución es superior a la establecida convencionalmente, obtendría un beneficio de 7.579,60 euros.

Así señala que para los dos años de ejecución del contrato el coste salarial sería de 299.020,40 euros, que añadida a la partida otros costes, no controvertida, que asciende a 56.500,00 euros, son un total de



355.520,40 euros; por su parte, los ingresos totales por facturación y subvenciones ascenderían a 363.100,00 euros, aspecto no controvertido por parte del órgano de contratación, por lo que el beneficio sería de 7.579,60 euros.

En segundo lugar, respecto a las contrataciones *ex novo*, señala la recurrente que el Convenio de oficinas y despachos no prevé la subrogación en su articulado, por lo que se podría reubicar en otros puestos a las personas trabajadoras que actualmente se encuentran prestando este servicio, procediendo a la contratación *ex novo* de personal discapacitado para la prestación del presente contrato.

Así indica que para los dos años de ejecución del contrato el coste salarial sería de 279.677,16 euros, que añadida a la partida otros costes, no controvertida, que asciende a 56.500,00 euros, son un total de 336.177,160 euros; por su parte, los ingresos totales por facturación y subvenciones ascenderían a 363.100,00 euros, aspecto no controvertido por parte del órgano de contratación, por lo que el beneficio sería de 26.922,84 euros.

Pues bien, en la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por FACTUDATA cuando fue requerida para ello, el coste de personal ascendía para los dos años de ejecución del contrato a la cantidad de 278.993,78 euros. Sin embargo, en los dos escenarios que plantea en el recurso (segundo y tercer motivo), el coste del personal asciende a 299.020,40 euros y a 279.677,16 euros, aplicándose generalmente costes salariales distintos para cada categoría profesional en cada uno de los tres escenarios: la justificación realizada en el momento que fue requerida para ello y las dos nuevas justificaciones que presenta en el escrito de recurso.

Así las cosas, FACTUDATA con ocasión de la interposición del recurso de alguna forma ha modificado su oferta inicial pues ha presentado dos justificaciones de la viabilidad de su oferta distintas a la inicialmente formulada.

En efecto, en la justificación de la viabilidad de una oferta inicialmente incurso en baja anormal, las entidades licitadoras han de reproducir el proceso que realizaron al formular su oferta lo más competitiva posible, de tal suerte que cuando, en su caso, son requeridas para justificar la misma no tienen más que documentar, sino lo hicieron al formularla, el proceso seguido para su elaboración.





En el supuesto examinado, FACTUDATA parte en la formulación de su proposición del Convenio de discapacidad para justificar la presunta anormalidad de la misma. Sin embargo, al ser excluida, en el recurso contra su exclusión presenta dos justificaciones distintas a la inicialmente presentada argumentando que incluso aplicando las tablas salariales del Convenio de oficinas y despachos su proposición es viable.

En definitiva, la recurrente ha presentado en vía de recurso dos justificaciones de la viabilidad de su oferta distintas a la aportada, cuando fue requerida para ello, con la documentación acreditativa de su viabilidad.

En este sentido, en relación con la aportación en vía de recurso de documentación que no fue presentada en el momento procedimental oportuno este Tribunal ha señalado en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 119/2020, de 21 de mayo, y 138/2021, de 15 de abril, en las que se cita la 386/2019, de 14 de noviembre, que *«Igualmente hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, o la reciente Resolución 233/2019, de 16 de julio, el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP».*

En consecuencia, por los motivos expuestos, no es posible admitir ninguna de las dos nuevas justificaciones de la viabilidad de la oferta con ocasión de la interposición del recurso, no aportada en el momento procesal oportuno.

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

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 7 de enero de 2021, del órgano de contratación por la que se excluye su proposición del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio para el tratamiento y la gestión de la documentación del archivo judicial territorial de Málaga” (Expediente CONTR 2020 0000383693), convocado por la Delegación Territorial de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local de Málaga.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 28 de enero de 2021.

**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

**CUARTO.** Notificar 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.

