

Recurso 433/2019

Resolución 207/2020

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

Sevilla, 18 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA BPO, S.L.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de atención e información telefónica a los ciudadanos sobre las obligaciones tributarias y no tributarias que gestiona el OPAEF, para los dos próximos años» (Expte. P9100004B-2019/000050-PEA), convocado por el Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal (OPAEF), adscrito a la Diputación Provincial de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 31 octubre de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, dicho día los pliegos y demás documentación fueron puestos a disposición de las posibles personas interesadas.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 315.480,00 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento no 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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. El 8 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INNOVA BPO, S.L. (en adelante INNOVA) contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación.

CUARTO. Mediante comunicación de 11 de noviembre de 2019, la Secretaría de este Tribunal le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación solicitada fue aportada el 14 de noviembre de 2019, salvo el listado de entidades licitadoras que es remitido, previa petición, el 23 de enero de 2020.

QUINTO. Por Resolución, de 20 de noviembre de 2019, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO. Con fecha 11 de febrero de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

SÉPTIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de



marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

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.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato promovido por la Diputación de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado, a tales efectos, el 26 de septiembre de 2012 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Sevilla, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto autonómico en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto, de modificación de aquel.

SEGUNDO. Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, la recurrente afirma que su legitimación activa deriva de que el objeto del contrato de la presente licitación está incluido dentro del ámbito de actividades de su objeto social.

Al respecto, este Tribunal entiende que el solo hecho de que las prestaciones que se licitan, o parte de ellas, se incluyan dentro del objeto social de la recurrente no es suficiente -sin ser licitadora- para justificar



su legitimación, pues esta pasa por acreditar que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Así se ha manifestado este Tribunal en otras ocasiones, por ejemplo, en las Resoluciones 334/2019, de 18 de octubre y 388/2019, de 14 de noviembre.

Además de lo anterior, la recurrente afirma que la actual redacción de los pliegos limita su acceso a dicha licitación. En este sentido, interpone el recurso contra los mismos por entender que determinadas condiciones establecidas relativas a los criterios de adjudicación perjudican sus intereses legítimos como interesada en el procedimiento de contratación.

Así las cosas, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que los pliegos restringen sus posibilidades de acceder a la licitación, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues precisamente las bases de aquella le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

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 superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos, 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.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, los pliegos se publicaron el 31 de octubre de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose ese día a disposición de las entidades interesadas el contenido de los mismos y demás documentos contractuales, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso el 8 de noviembre de 2019 en el registro electrónico de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado en el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP.



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 entidad INNOVA interpone el presente recurso contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se acuerde su nulidad, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su aprobación, para que se proceda en los términos expuestos en el cuerpo del recurso.

Funda su pretensión en los siguientes motivos:

1. Conocimiento del contenido del servicio. Discriminación a nuevas entidades licitadoras.
2. Mejoras. Incumplimiento del artículo 145 de la LCSP.
3. Criterio de arraigo territorial. Valoración según localización.

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

SEXTO. Como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso, la entidad INNOVA tras reproducir las cláusulas 9.1.1. del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y 4.2.6 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), los artículos 1 y 145.5 y 7 de la LCSP y parte de determinadas resoluciones de este Tribunal, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, afirma que las cláusulas citadas de los pliegos deben ser anuladas, por un lado, por resultar discriminatorias en tanto en cuanto valoran el conocimiento del contenido intrínseco del servicio, no la forma de ejecución y las características técnicas del contrato, resultando dicha información prácticamente imposible de obtener para aquellas entidades que no hayan prestado dicho servicio con anterioridad, y por tanto favorecen la valoración y posterior adjudicación a aquellas empresas que hayan prestado servicios a la Administración contratante, todo ello sin estar justificado por razones de interés público y contraviniendo el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y por otro lado, por tratarse de criterios que versan sobre la capacidad de los licitadores para ejecutar el contrato, y por ello no pueden ser valoradas como criterio de adjudicación, debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, como criterio de solvencia técnica.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que el inventario de tramites y servicios del OPAEF y el listado de sedes y dependencias responsables y contactos no es patrimonio exclusivo de las empresas que hayan prestado o presten servicios al OPAEF, sino todo lo contrario. En este sentido, señala que en su sede electrónica, en las direcciones de internet que reproduce, aparece disponible a todas las personas el listado de tramites del OPAEF, el listado de sus oficinas y sus respectivos contactos, de tal forma que la información no es prácticamente imposible de obtener para aquellas entidades que no hayan prestado anteriormente el servicio. Asimismo, señala que los trámites en el OPAEF son semejantes a los propios de cualquier Administración Local.

Igualmente manifiesta que el criterio no es discriminatorio, pues la información esta disponible a todo el mundo, pero sí permite discriminar si la entidad ofertante ha hecho un mínimo esfuerzo para personalizar su oferta, esto es si ha realizado un trabajo previo sobre las vicisitudes que conlleva la prestación del servicio. En este sentido, señala que el criterio no se refiere de manera exclusiva a la experiencia en el OPAEF, ni siquiera a la experiencia en sí, pues es posible valorar el conocimiento sobre la problemática y normativa sin que se acredite experiencia. Asimismo, indica que no se trata tampoco de un criterio de solvencia pues no se valora, valga el ejemplo “cuantos puentes se han hecho, sino si se conocen las circunstancias concretas que conlleva la construcción de un puente concreto, en este caso la prestación de un servicio”. Aclara que, sin embargo, sí permite matizar la valoración de ofertas excesivamente teóricas para la que las licitadoras ni siquiera se hayan molestado en consultar la web y sede electrónica, que serán los instrumentos con los que deberá prestar el servicio.

Por último, el órgano de contratación señala que hay que tener presente que el criterio controvertido es un apartado de los evaluables mediante un juicio de valor, que representa solo un 6% del total de la puntuación.

Vistas las alegaciones de las partes, procede su análisis. Al respecto, el criterio de adjudicación denunciado se recoge en la cláusula 9.1. del PCAP, dentro de los denominados por el propio pliego como cualitativos de adjudicación cuya cuantificación dependen de un juicio de valor, con el siguiente tenor: «*9.1.1. Conocimiento del contenido del servicio: Hasta un máximo de 6,00 puntos, en función de la experiencia acreditada y el conocimiento de la problemática y normativa de los tributos y los procedimientos de gestión, inspección, recaudación y sanciones en la administración; inventario actualizado de los trámites y servicios del OPAEF y listado de sedes y dependencias responsables y contactos.*



9.1.2. (...)

Estos criterios cualitativos de adjudicación valorados mediante un juicio de valor se valorarán según el nivel de información aportada y evidencia objetiva mostrada en cada propuesta, mediante la asignación de un porcentaje concreto dentro del rango de puntuación correspondiente, para luego en función del porcentaje (%) obtenido según el grado de Aceptación/conformidad/Satisfacción otorgado por el equipo técnico de evaluación, se aplicará dicho porcentaje a los puntos asignados a cada criterio/subcriterio del pliego, y de este modo, obtener la puntuación pertinente de la propuesta técnica de cada licitador.

La matriz aplicable a los criterios cualitativos de adjudicación valorados mediante un juicio de valor será la siguiente (...)

No se otorgará puntuación en los casos en que las proposiciones no contuvieran documentación sobre estos particulares o la documentación presentada adoleciera de errores manifiestos.

Será excluida la oferta que no alcance el umbral mínimo del 50% sobre la puntuación máxima asignada a este apartado (...).».

De lo reproducido del PCAP, se infiere que lo que se valora es, por un lado, la experiencia acreditada y el conocimiento de la problemática y normativa de los tributos y los procedimientos de gestión, inspección, recaudación y sanciones en la Administración, y por otro lado, aportar un inventario actualizado de los trámites y servicios del OPAEF y listado de sedes y dependencias responsables y contactos, en ambos casos, según el nivel de información aportada y evidencia objetiva mostrada en cada propuesta.

En este sentido, la recurrente como se ha expuesto denuncia en síntesis que se valora el conocimiento del contenido intrínseco del servicio, lo que favorece a aquellas empresas que hayan prestado servicios a la Administración contratante y que el criterio versa sobre la capacidad de las entidades licitadoras para ejecutar el contrato.

1. Pues bien, en cuando a la experiencia acreditada y el conocimiento de la problemática y normativa de los tributos y los procedimientos de gestión, inspección, recaudación y sanciones en la administración, ésta hace referencia a la experiencia y conocimiento, no del servicio en particular que se licita, sino en cualquier administración, ya sea local, autonómica o estatal, que han de ser acreditados por la entidad licitadora, dada la dicción del criterio. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el conocimiento se adquiere como fruto de la experiencia o derivado de la formación.



Al respecto, este Tribunal ha puesto de manifiesto recientemente en su Resolución 98/2020, de 12 de mayo, que el requisito de la experiencia ha sido tradicionalmente considerado como una condición de solvencia más que como un criterio de adjudicación sobre la base de tratarse de una cualidad de la empresa licitadora que ninguna ventaja directa o valor añadido reporta a la oferta. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-601/13, de 26 de marzo de 2015 (Ambisig y Nersant) se produce un cambio de criterio y el citado Tribunal comienza a considerar que en ciertos tipos de contratos sí cabe admitir la experiencia como criterio de adjudicación.

Asimismo, la Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 94, señala que *«Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura (...)»*. Al respecto, su artículo 67 prevé la experiencia del personal como criterio de adjudicación y el precepto se incorpora con una redacción casi idéntica al vigente artículo 145 de la LCSP que, al describir algunos criterios de adjudicación, menciona expresamente *«La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución»*.

De lo hasta ahora expuesto, podemos extraer en lo que aquí interesa dos conclusiones claras: por un lado, que la experiencia del personal de las entidades licitadoras puede ser criterio de adjudicación y por otro lado, que la experiencia de las empresas licitadoras es una cualidad de las misma que ninguna ventaja directa o valor añadido reporta a la oferta, por lo que es posible considerarla como condición de solvencia pero no como criterio de adjudicación, circunstancia ésta última que concurre en el supuesto examinado en la que el criterio controvertido exige experiencia de la entidad licitadora, dándose por tanto la razón a la recurrente cuando señala que el criterio versa sobre la capacidad de las empresas para ejecutar el contrato, y por ello no puede ser valorada como criterio de adjudicación, debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, como requisito de solvencia técnica.

A mayor abundamiento, de haberse exigido como criterio de solvencia, el mismo incumpliría el artículo 40.b) de la LCSP que, con una redacción similar al artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, dispone que será causa de anulabilidad *«Todas*



aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.», circunstancia que concurre en el supuesto examinado en el que se exige que la experiencia y el conocimiento lo sean en los procedimientos de gestión, inspección, recaudación y sanciones en materia de tributos en la Administración.

2. En cuanto al conocimiento del contenido del servicio derivado de la formación que al respecto puedan adquirir las entidades licitadoras, así como al hecho de tener que aportar un inventario actualizado de los trámites y servicios del OPAEF y listado de sedes y dependencias responsables y contactos, en ambos casos, según el nivel de información aportada y evidencia objetiva mostrada en cada propuesta; ha de indicarse como ya se hizo en la citada Resolución 98/2020, que en cualquier licitación, fundamentalmente en las relativas a contratos de servicios, es inevitable que la anterior persona contratista se encuentre en una posición más favorable al resto en lo que se refiere al conocimiento del servicio o de las instalaciones, pero siendo ello una realidad incuestionable fruto de la experiencia adquirida durante la ejecución del contrato, no tiene que suponer información privilegiada contraria al principio de igualdad ni una circunstancia determinante de la adjudicación.

En estos supuestos, el órgano de contratación actuará correctamente redactando unos pliegos que recojan de modo claro y preciso las características del contrato, las necesidades que ha de satisfacer y la condiciones en que es precisa su ejecución, facilitando a todos los licitadores la misma información y/o proporcionando acceso a sus instalaciones para que cualquier persona empresaria interesada pueda conocer todos los detalles de la nueva contratación. Pero no es esto lo que ocurre en la licitación examinada donde esa “ventaja de facto” de la que goza la actual contratista se ve potenciada e incrementada con la redacción de los criterios impugnados, donde se valora con hasta seis puntos sobre cien el conocimiento del contenido del servicio, agravado además con el hecho de quedar excluida de la licitación aquellas ofertas que no alcancen un umbral de al menos el cincuenta por ciento de la puntuación máxima asignada a los criterios cuya valoración dependen de un juicio de valor, esto es que obtengan una puntuación inferior a cinco puntos del total de diez que conforman este tipo de criterios.

Al respecto, como se ha expuesto, el artículo 40 b) de la LCSP considera anulables todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de



forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

Por tanto, debe estimarse la pretensión de la recurrente en los concretos términos en que se formula, anulando las referencias al conocimiento del contenido del servicio, por cuanto vulneran el principio de igualdad y colocan en posición más favorable a la actual prestadora del servicio, dado que en la documentación de la licitación no se recoge de modo claro y preciso las características del contrato, las necesidades que ha de satisfacer y la condiciones en que es precisa su ejecución, facilitando a todas las entidades licitadoras la misma información y/o proporcionando acceso a sus instalaciones así como a los correspondientes enlaces para que cualquier persona empresaria interesada pueda conocer todos los detalles de la nueva contratación.

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

SÉPTIMO. En el segundo motivo del recurso, la entidad INNOVA, con la denominación de “Mejoras. Incumplimiento del artículo 145 de la LCSP”, denuncia determinado criterio de adjudicación evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas, recogido en la cláusula 9.2.2.1.D. del PCAP.

Dicha cláusula 9.2.2.1.D. del PCAP dispone lo siguiente: «*Protocolos de los accesos a la información, grabación de llamadas y acceso online del OPAEF a las grabaciones de las llamadas contestadas. Hasta un máximo de 2,00 puntos, asignándose la máxima puntuación a la oferta que ofrezca mayores facilidades de acceso y a las demás proporcionalmente.*».

En este sentido, la recurrente tras reproducir dicha cláusula, los apartados 5 y 7 del artículo 145 de la LCSP y parte de determinadas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirma que no se concretan los criterios y/o elementos sobre los que se pueden efectuar las mejoras, al tratarse de una cláusula muy genérica que no establece en ningún caso sobre qué aspectos de dicha mejora se va a realizar la evaluación, creándose así inseguridad jurídica para los licitadores y vulnerándose el artículo 1.1 de la LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso dispone que este criterio, a solicitud de personas interesadas, ha sido objeto de aclaración en el sentido de que se asignan 2,00 puntos a



la oferta que ofrezca mayores facilidades de acceso, entendiendo tales como el compromiso numérico de medios de acceso a las grabaciones de llamadas. Al respecto, señala que en la propuesta técnica a introducir en el sobre B, deben desarrollarse los protocolos y descripción de los medios de acceso, mientras que en el sobre C se incluirá solo el compromiso numérico. En este sentido señala que dicha aclaración será objeto de la debida publicación.

Por último, indica el informe al recurso que la cláusula que se discute, es un apartado de los criterios cualitativos de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas previstos en la cláusula 9.2 del PCAP, que representa un 2% del total de la puntuación.

Pues bien, como se ha expuesto la recurrente denuncia que la cláusula que contiene el criterio cuestionado es muy genérica al no establecer en ningún caso sobre qué aspectos de dicha mejora se va a realizar la evaluación.

Al respecto, el artículo 145.5 de la LCSP, dispone que los criterios de adjudicación deben reunir entre otros los siguientes requisitos: *«b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.».

Esta previsión del nuevo texto legal incorpora el contenido del artículo 67.4 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y está en sintonía con la reiterada doctrina de los distintos Órganos de resolución de recursos contractuales, conforme a la cual la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras exigen que los criterios de adjudicación precisen y detallen los aspectos sujetos a evaluación y las pautas necesarias para su ponderación, de modo que no pueden otorgar al mismo una libertad de decisión ilimitada, debiendo favorecer la igualdad y transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.



Queda claro, pues, que todo criterio de adjudicación debe precisar los aspectos evaluables y las pautas de ponderación de los mismos. Se trata, en definitiva, de que las entidades licitadoras conozcan a la hora de preparar sus ofertas, qué elementos se tomarán en consideración y cómo se ponderarán.

Como se ha expuesto, en el supuesto examinado, se valoran tres aspectos: i) protocolos de los accesos a la información, ii) grabación de llamadas y iii) acceso online del OPAEF a las grabaciones de las llamadas contestadas, que no aparecen concretados y sin que cada uno contenga por sí solo reglas de ponderación o puntuación, disponiendo las mismas para el conjunto de los tres aspectos, de tal suerte que el citado desglose, en sí mismo, resulta insuficiente para estimar que con ello se cumple la previsión legal de formulación objetiva de los criterios sin otorgamiento al órgano de contratación de libertad de decisión, dado que el criterio que se examinada es de aplicación automática.

Al respecto, para conocer qué se valora y cómo, solo se puede acudir a la definición del criterio que, si bien distribuye los 2 puntos asignados al criterio en tres aspectos, lo hace sin describir con la precisión necesaria los elementos, pautas o aspectos concretos que se someten a valoración, utilizando términos genéricos para describir los aspectos evaluables: así, se alude a protocolos de los accesos a la información (1), grabación de llamadas (2) y acceso online del OPAEF a las grabaciones de las llamadas contestadas (3).

En este sentido, en dichos aspectos no se especifica qué contenidos y en qué medida y finalidad se requieren, cuáles serían adecuados y valorables y en qué condiciones, lo cual se agrava mucho más en los casos como el presente en los que se valoran las ofertas mediante criterios de aplicación automática.

En definitiva, el criterio adolece de indeterminación y falta de precisión, así como de la pautas de ponderación de cada uno de los apartados, en lo términos expuestos. En este sentido, se desconocen los elementos, pautas o aspectos concretos que la mesa o el órgano de contratación han de utilizar para efectuar la valoración de cada uno de los tres aspectos, al no estar descritos en los pliegos, lo que acrecienta la inseguridad de las entidades licitadoras en la preparación de sus ofertas y el margen de decisión del órgano evaluador en su posterior valoración, que al tratarse de un criterio de aplicación automática dicho margen ha de ser nulo.



Asimismo, a mayor abundamiento, ha de ponerse de manifiesto -con independencia de que estemos en presencia de mejoras o no, dado que aun cuando así las califica la recurrente nada al respecto señala el PCAP-, la indeterminación de la expresión mayores facilidades de acceso (según el órgano de contratación número de medios de acceso a las grabaciones de llamadas), al no establecer el límite a ofertar que obtendría la máxima puntuación que sirva de parámetro para valorar las distintas ofertas, dado que la puntuación de dicho criterio dependerá de las ofertas de las distintas licitadoras sin existir parámetros objetivos que les permitan a priori elaborar sus ofertas, lo que sería contrario al principio de igualdad de trato, libre concurrencia, y transparencia.

Por último, indicar respecto al alegato del órgano de contratación de que el criterio que se examina, a solicitud de personas interesadas, ha sido objeto de aclaración, este Tribunal ha de poner de manifiesto que no consta en el expediente remitido publicación alguna al respecto, no teniendo por ello aquella ninguna virtualidad a efectos del análisis y resolución de la controversia.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede estimar el segundo motivo del recurso en el sentido expuesto en el presente fundamento.

OCTAVO. En el tercer motivo del recurso, la entidad INNOVA, con la denominación de “Criterio de arraigo territorial. Valoración según localización”, denuncia determinado criterio de adjudicación evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas, recogido en la cláusula 9.2.2.8. del PCAP. En este sentido, tras reproducir dicha cláusula, el artículo 145.5 de la LCSP y parte de determinadas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirma que el criterio es discriminatorio, debiendo ser anulado, al implementar un aspecto de arraigo territorial y privilegiar de manera indebida o innecesaria a las entidades licitadoras que dispongan de su sede central o de una delegación técnica en la provincia de Sevilla, frente a aquellos que no gocen de ésta.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que los criterios sobre el arraigo territorial no están absolutamente prohibidos, sino restringidos al cumplimiento de una serie de criterios, de manera que debe distinguirse si la introducción de un criterio de arraigo territorial privilegia de manera indebida o innecesaria a las licitadoras, teniendo para ello en cuenta cuatro criterios: i) que se apliquen de manera no discriminatoria, ii) que estén justificados por razones imperiosas de interés general, iii) que sean



adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen y iv) que no vayan mas allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo

Asimismo, indica que el arraigo territorial se trata como criterio de valoración, sin que limite en absoluto la competencia o posibilidad de participación, que no es excluyente pues su falta no es causa de exclusión de la oferta recibida, que no discrimina a priori, pues no requiere que se acredite de manera previa y no discrimina sobre el lugar de prestación del servicio, pues no requiere que el servicio se preste desde la instalación indicada, sino que se trate de una sede o delegación técnica.

Concluye el informe al recurso indicando que no puede decirse que privilegie de manera indebida o desproporcionada a las entidades licitadoras que cumplan o estén dispuestos a cumplir este requisito, pues en ningún caso se trata de una puntuación relevante.

Por último, afirma que en cuanto a su justificación y adecuación en relación con la realización del objetivo, si bien no se trata de un elemento necesario e imprescindible, al ser un servicio de atención telefónica, sí se estima conveniente para el adecuado seguimiento de la prestación. En este sentido, indica que en concreto, y en cuanto se refiere a la coordinación con la empresa, el PPT dispone que:

«La empresa adjudicataria designará la persona responsable, dependiente de ella, que será interlocutora ante el OPAEF en todos los aspectos e incidencias que plantee la ejecución del presente contrato.

El Delegado responsable se encargará de dirigir los servicios y coordinar las relaciones con el OPAEF. Para ello deberá reunir las condiciones idóneas de conocimiento teórico y práctico en materia impositiva y recaudatoria y con competencias suficientes para:

-Ostentar la representación de la empresa adjudicataria cuando sea necesaria su actuación o presencia, según el presente Pliego, así como en otros actos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales, siempre en orden a la ejecución y buena marcha del servicio.

-Organizar la ejecución del servicio, así como el cumplimiento de las órdenes recibidas del OPAEF».

Al respecto, manifiesta el órgano de contratación que parece razonable que, sin perjuicio de los instrumentos de comunicación existentes en la actualidad, la cercanía del responsable redundará en una mayor disponibilidad del mismo para atender los requerimientos del OPAEF y organizar la prestación del servicio. Igualmente, indica que solo representa un 1% del total de la puntuación.



Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. Al respecto, como se ha expuesto la recurrente denuncia que la cláusula que contiene el criterio cuestionado es discriminatoria al contener un aspecto de arraigo territorial.

En este sentido, la citada cláusula 9.2.2.8. del PCAP dispone lo siguiente: «*Criterios de localización. Disponer de sede central o delegación técnica en la provincia de Sevilla: Hasta un máximo de 1,00 puntos. Este criterio se puntuará de forma binaria.*».

Al respecto, procede manifestar que el objeto de la controversia recae sobre un criterio de adjudicación que valora «el arraigo territorial». Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 115/2013 y 116/2013, de 3 de octubre, 356/2015, de 22 de octubre, 84/2017, de 2 de mayo, 217/2017, de 26 de octubre, 256/2017 de 24 de noviembre, 124/2018, de 14 de mayo y 53/2019, de 27 de febrero), en todas ellas, acerca de la prohibición de establecer previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o que supusieran permitir la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas a determinadas entidades, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, declarando la nulidad de este tipo de cláusulas.

Esta doctrina se encuentra refrendada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2008) y en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, así como en el informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Del contenido de estos pronunciamientos resulta evidente que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que las mismas estén justificadas por razones de interés general.

En el supuesto analizado, la previsión de una puntuación máxima de 1,00 puntos en la cláusula 9.2.2.8. del PCAP con base en criterios que descansan en «*Disponer de sede central o delegación técnica en la provincia de Sevilla*» coloca en posición de clara ventaja a aquellas entidades licitadoras que estén en condiciones de ofertar dicha disposición frente al resto de operadoras que no disponen de esa sede



central o delegación técnica en la provincia de Sevilla. Así pues, siendo innegable que el criterio impugnado, con independencia de la importancia de su ponderación, sacrifica objetivamente los principios de libre concurrencia y de igualdad consagrados en los artículos 1 y 132 de la LCSP, la cuestión a dilucidar es si resulta absolutamente imprescindible para alcanzar el objetivo perseguido con el contrato; es decir, en términos de la citada sentencia del TJUE, si va o no más allá de lo necesario para garantizar el fin pretendido con la licitación.

En este sentido, el objeto del contrato, conforme a la cláusula primera del PPT, es el siguiente:

«Es objeto de la contratación la prestación del servicio de atención e información telefónica a los ciudadanos sobre las obligaciones tributarias y no tributarias gestionadas o recaudadas por el Organismo Provincial de Asesoramiento Económico y Fiscal (OPAEF) de la Diputación Provincial de Sevilla.

El servicio de atención al Contribuyente del OPAEF nace con la misión de satisfacer la demanda de información de la ciudadanía de la provincia sobre los diversos aspectos que comporta la gestión de este Organismo. Este servicio incluía, desde hace años, la información general relativa a procedimientos de gestión o recaudación de obligaciones de derecho público. Mediante el servicio objeto de esta contratación, y con objeto de mejorarlo y facilitar las gestiones que los contribuyentes deban realizar ante el OPAEF, se pretende ampliar el servicio ofrecido con la inclusión de información concreta sobre algunos aspectos o la posibilidad de realizar telefónicamente diversos trámites de naturaleza tributaria, que, en la medida de lo posible, eviten el desplazamiento del contribuyente y faciliten el cumplimiento de sus obligaciones o el ejercicio de sus derechos.

Con carácter general, y sin perjuicio de las particularidades que se señalan con posterioridad, el contrato comprende, además de las funciones meramente informativas, la realización de aquellas tareas de apoyo, ejecución y asistencia técnica que se contemplan en este pliego o que, sin alterar las características fundamentales, puedan incluirse en la plataforma de trabajo, sin que en ningún caso se contemple la producción de actos administrativos ni aquellas actuaciones que impliquen ejercicio de autoridad.

La contratación de este servicio no supondrá, en ningún caso, menoscabo de las competencias propias o ejercidas por delegación por el OPAEF.

La empresa que resulte adjudicataria no tendrá, en ningún caso, el carácter de órgano de gestión o recaudación de derechos de naturaleza pública, no dependerá orgánicamente del OPAEF, ni estará incluida en su estructura administrativa.».

Así las cosas, siendo indudable, a criterio del órgano de contratación, la importancia de la cercanía del delegado responsable de la persona contratista, que se encargaría de dirigir los servicios y coordinar las relaciones con el OPAEF, y organizar la prestación del servicio, ello no implica que, en todo caso, tales



objetivos solo puedan conseguirse a través de entidades licitadoras que dispongan, en el momento de licitar, de sede central o delegación técnica en la provincia de Sevilla exigida en el criterio de adjudicación impugnado.

En definitiva, pues, si la sede central o delegación técnica en la provincia de Sevilla fuera absolutamente necesaria, a juicio del órgano de contratación, para la adecuada prestación del servicio, y tal extremo se justificase adecuadamente en el expediente de contratación o en los pliegos, aquella siempre podría exigirse como condición de ejecución a la entidad adjudicataria del contrato, sin tener que acudir a circunstancias de arraigo territorial de las potenciales entidades licitadoras en el momento de presentación de las ofertas.

Procede, pues, estimar este tercer motivo del recurso y anular el criterio contenido en la cláusula 9.2.2.8. del PCAP, en cuanto que introduce condiciones de arraigo territorial contrarias al principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras, sin que tampoco se halle convenientemente justificada la necesidad de concurrencia de dicha exigencia en el momento de presentación de las ofertas para el cumplimiento de los fines del contrato, pudiendo alcanzarse esos objetivos o fines previendo en los pliegos condiciones de ejecución a la persona contratista en los términos expuestos anteriormente.

NOVENO. La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA BPO, S.L.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de atención e información telefónica a los ciudadanos sobre las obligaciones tributarias y no tributarias que gestiona el OPAEF, para los dos próximos años» (Expte. P9100004B-2019/000050-



PEA), convocado por el Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal (OPAEF), adscrito a la Diputación Provincial de Sevilla y, en consecuencia, anular dichos pliegos en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

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 mediante Resolución de 20 de noviembre de 2019.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. 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.

