

Recurso 22/2019**Resolución 185/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 6 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GESTIÓN DE TRIBUTOS Y RECAUDACIÓN TRIBUTARIA, S.L.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio externalizado de atención telefónica” (Expte. 3/2018), convocado por el Patronato de Recaudación Provincial de Málaga, ente adscrito a la Diputación Provincial de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 29 de diciembre de 2018 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2018/S 250-577454, el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el día 30 de diciembre de 2018, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil de contratante.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 1.252.708,64



euros y entre quienes presentaron proposiciones en el procedimiento de licitación no se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en el expediente remitido por el órgano 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. Con fecha 22 de enero de 2019, se presenta en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad GESTIÓN DE TRIBUTOS Y RECAUDACIÓN TRIBUTARIA, S.L. (en adelante GTRT) contra los pliegos del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución. Dicho recurso se ha tramitado con el número 22/2019.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 23 de enero de 2019, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, las alegaciones a la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada fue recibida en el Registro electrónico de este Tribunal, previa reiteración, el 12 de febrero de 2019.

QUINTO. Por resolución de este Tribunal, de 12 de febrero de 2019, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por GTRT.

SEXTO. Con fecha 18 de febrero de 2019, 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 dentro del plazo mencionado.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido 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.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un ente instrumental de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 17 de diciembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Málaga, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la 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, los motivos esgrimidos por la recurrente, relativos a determinados aspectos del presupuesto base de licitación y de algún criterio de adjudicación, ponen de manifiesto que los pliegos restringen sus posibilidades de acceder a la misma. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pues precisamente las bases de esta 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 de 1.252.708,64 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, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».



En el supuesto examinado, los pliegos se publicaron el 30 de diciembre de 2018 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 haber tenido entrada el recurso en el Registro electrónico de este Tribunal el 22 de enero de 2019, el mismo se interpuso dentro del plazo legalmente establecido.

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 presente recurso contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a su anulación.

Funda su pretensión en que, a su juicio, el presupuesto base de licitación es inferior a los costes laborales. Asimismo, denuncia que el criterio de adjudicación denominado “plazos de implantación” es discriminatorio pues favorece al actual adjudicatario del contrato y le impide concurrir al presente procedimiento de licitación.

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.

SEXTO. Como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso la recurrente denuncia que el presupuesto base de licitación es inferior a los costes laborales. En este sentido, afirma que la suma del coste del personal a subrogar es para los dos años de contrato de 500.304 euros, superior a los 353.093 euros fijados para ello en el epígrafe C del anexo 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).



Indica la recurrente, por un lado, que la cláusula 18.4.B del PCAP, conforme al artículo 130 de la LCSP, recoge la obligación de subrogar al personal relacionado en el anexo 18 de dicho pliego y, por otra parte, que el artículo 19 del II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contac center, antes telemarketing, fija la obligación de subrogar al personal de la anterior contrata en hasta un 90 por 100.

Por último, tras exponer parte de algunas de resoluciones de determinados Órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, la recurrente concluye que los pliegos recurridos han sido elaborados con un presupuesto muy por debajo de sus costes directos, por lo que solo cabe esperar una ejecución anormal del contrato, y dado que el mayor componente de los costes son los laborales, la viabilidad económica del mismo supondría la vulneración de las obligaciones socio laborales por parte del contratista, al ser éstas las inductoras de los costes esenciales.

Pues bien, en la cláusula 18.4.B del PCAP -subrogación en contratos de trabajo-, citada por la recurrente, se dispone en lo que aquí interesa que *«En virtud de lo dispuesto en el artículo 130 LCSP, para aquellos contratos en los que una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el Anexo N.º 18, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación y que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.»*.

Al respecto, en el citado anexo 18 del PCAP se recoge la relación del personal subrogable con una serie de características entre las que destacan el tipo de contrato, las horas semanales, categoría, antigüedad, salario bruto anual y turno.

Visto lo anterior, para el análisis de la controversia hemos de partir de lo indicado por este Tribunal en varias ocasiones (v.g. Resolución 138/2018, de 10 de mayo, entre otras muchas), al señalar que *«el deber de subrogar al personal por parte de la adjudicataria no obliga a ésta a destinar a los trabajadores subrogados a la prestación del servicio adjudicado (...) pudiendo asimismo darse la circunstancia de que determinados trabajadores voluntariamente no se subroguen, bien porque el anterior*



empleador les ofrezca continuar en su empresa o bien porque decidan no formar parte de la plantilla del nuevo empleador».

En este sentido, ya ha señalado este Tribunal en su Resolución 41/2017, de 2 de marzo, que *«una vez que el adjudicatario se subrogue, en su caso, en las relaciones laborales del personal conforme a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación, dentro de la libertad de la que goza en su organización empresarial, podrá adscribir al personal en función de sus necesidades o conforme a criterios de oportunidad, todo ello respetando la normativa laboral de aplicación»*. En el mismo sentido, se ha pronunciado asimismo este Órgano en sus Resoluciones 43/2017, de 2 de marzo y 123/2017, de 9 de junio, entre otras.

Al respecto, también ha de tenerse en cuenta lo señalado por este Tribunal en sus Resoluciones 233/2018, de 2 de agosto, 271/2018, de 28 de septiembre y 93/2019, de 28 de marzo, en las que dispone que para la elaboración del presupuesto base de licitación se ha de tener en cuenta que el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la prestación de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en los pliegos. De forma similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 156/2019, de 22 de febrero, con cita de abundante doctrina del citado Órgano.

En efecto, a la hora de fijarse el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que a la hora de definir las condiciones de la licitación esté vinculado por contrataciones anteriores no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos y no de aquel que pueda estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior. En este sentido, una vez que opere la subrogación con la nueva entidad adjudicataria, es posible que determinadas personas trabajadoras de forma voluntaria no se subroguen con el nuevo empleador, o que éste a algunas de las subrogadas las asigne a otras



funciones o que, en algunos casos, incluso proceda a prescindir de sus servicios.

En definitiva, en virtud de las consideraciones anteriores, no queda acreditado por la recurrente que el presupuesto base de licitación sea inferior a los costes laborales necesarios para realizar la prestación objeto del contrato.

Procede, pues, la desestimación del primer motivo del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. En el segundo motivo del recurso, la recurrente denuncia que el criterio de adjudicación denominado plazos de implantación es discriminatorio pues favorece al actual adjudicatario del contrato y le impide concurrir al presente procedimiento de licitación.

Al respecto, el citado criterio de adjudicación evaluable mediante aplicación de fórmulas se encuentra recogido en el anexo 8.1 del PCAP con un máximo de 5 puntos con el siguiente tenor: «3. *Plazos de implantación: Se asignará la máxima puntuación a la oferta más alta en el número de días de reducción del plazo establecido para la puesta en marcha del servicio, expresado en días naturales (según lo establecido el punto 1.3 del apartado 3 del pliego de prescripciones técnicas). El resto se puntuará proporcionalmente.*

3. Plazos de implantación: Se asignará la puntuación máxima a la oferta más alta en el número de días de reducción del plazo establecido y el resto de ofertas se puntuarán según la siguiente fórmula:

$$P_i = PM * (O_i / OMA)$$

Siendo

- ✓ *N= Número total de Ofertas*
- ✓ *O_i es la oferta a valorar en el número de días de reducción del plazo establecido.*
- ✓ *P_i es la puntuación asociada a la Oferta_i, donde $i \in \{1, 2, \dots, N\}$.*
- ✓ *PM= La puntuación máxima.*

OMA= Oferta más alta en el número de días de reducción del plazo establecido (se obtiene como el max (Oferta i), donde $i \in \{1, 2, \dots, N\}$).».

Por su parte, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) en el citado punto 1.3 de la cláusula 3 dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«Plazo de Implantación: Fases de prestación del servicio



- *Implantación:* Tendrá una duración de una semana a contar desde el inicio de la prestación del servicio. A lo largo de esta fase se irán incorporando llamadas procedentes de la línea de Atención al contribuyente. Durante este tiempo se evaluará con detalle el servicio, y se realizarán todas las adaptaciones necesarias de horario, número de agentes y consolidación de conocimientos para que la prestación posterior se ajuste a los parámetros de calidad establecidos. Durante esta fase los incumplimientos de estos parámetros no serán tenidos en consideración.
- *Consolidación:* A partir de la segunda semana garantizará el cumplimiento de los parámetros de calidad y se podrán incorporar llamadas procedentes de otras oficinas. Siendo el plazo de implantación total de diez días naturales.».

A continuación, procede transcribir en lo que aquí interesa el apartado 5 del artículo 145 de la LCSP que dispone lo siguiente: «Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.
- 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».

En definitiva, con independencia de otras exigencias, los criterios de adjudicación tienen que cumplir determinados requisitos previstos en el artículo 145.5 de la LCSP, en lo que aquí interesa -por haber sido objeto de denuncia por la recurrente que considera que el criterio controvertido es discriminatorio y favorece al actual contratista-, el respeto al principio de no discriminación y la garantía de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.



Procede, pues, analizar si como afirma la recurrente el criterio “plazos de implantación” es discriminatorio y favorece al actual contratista, esto es, si se respeta o no el principio de no discriminación y la garantía de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

En este sentido, el órgano de contratación en su informe al recurso, en primer lugar, afirma que dicho criterio de adjudicación viene recogido expresamente como tal en el artículo 145.2.3 de la LCSP -plazo de entrega o ejecución-; en segundo lugar, señala que se ha venido utilizando en todos y cada uno de los pliegos realizados anteriormente del mismo servicio (años 2010, 2012, 2013, 2015 y 2016), no impidiendo nunca la concurrencia de ninguna de las empresas que han presentado oferta; y en tercer lugar, indica que dicho criterio con respecto al total de los establecidos en el PCAP supone solo un 6 por 100 del total, lo que a su entender no impide la concurrencia de empresa alguna.

Pues bien, en cuanto a la afirmación del órgano de contratación en su informe al recurso de que el citado criterio se ha venido utilizando en todos y cada uno de los pliegos realizados anteriormente sobre el mismo servicio, se ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces, el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales (v.g. Resoluciones 336/2018, de 30 de noviembre, 299/2018, de 25 de octubre, 236/2018, de 8 de agosto, 61/2019, de 7 de marzo, 79/2019, de 21 de marzo y 90/2019, de 21 de marzo, entre otras).

Asimismo, en relación al alegato del órgano de contratación en el informe al recurso en el que indica que el criterio controvertido con respecto al total de los establecidos en el PCAP supone solo un 6 por 100 del total, ha de indicarse que en sentido estricto la legalidad de un criterio de adjudicación es independiente del mayor o menor peso que tenga en el conjunto de la puntuación, de tal suerte que si el criterio que se examina, aunque solo afecte al 6 por 100 del total, entraña realmente una vulneración de los principios de concurrencia, de no discriminación



e igualdad de trato entre las entidades licitadoras, supondría su anulación. En este sentido, se ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 392/2018, de 23 de abril.

Por último, sobre el alegato del informe al recurso en el que el órgano de contratación señala que el criterio que se analiza viene recogido expresamente como tal en el artículo 145.2.3 de la LCSP, se ha de indicar que siendo ello cierto, no lo es menos que debe cumplir como se ha expuesto entre otros los requisitos de no discriminación y garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

En este sentido, conforme a lo establecido en el anexo 8.1 del PCAP y en el punto 1.3 de la cláusula 3 del PPT, el plazo máximo de implantación del servicio es de diez días naturales, por lo que aquella entidad licitadora que oferte una reducción de esos días obtendría la máxima puntuación, esto es aquella que proponga implantar el servicio el mismo día del inicio de la prestación. Al respecto, parece fuera de toda consideración que ello lo podría ofertar en todo caso el actual contratista pues para el supondría únicamente continuar con la prestación que hasta ahora está realizando.

Que duda cabe que este Tribunal no puede aventurar que no haya alguna entidad licitadora, además de la actual contratista, que no sea capaz de ofertar y realizar la implantación del servicio el mismo día de su inicio, pero ello es algo que se antoja en principio de muy difícil realización, salvo lógicamente y como se ha expuesto el actual contratista que gozaría de una indudable ventaja con respecto a la práctica totalidad de las potenciales entidades licitadoras, con vulneración del principio de no discriminación entre entidades licitadoras y de las garantías de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

En este sentido, para garantizar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva es necesario que todas las entidades licitadoras dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todas las entidades competidoras, debiendo encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el



momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que se sometan a la evaluación de la entidad adjudicadora. No es posible, por tanto, garantizar que la evaluación de las ofertas se realiza en condiciones de competencia efectiva, si no se acredita que el criterio de adjudicación que se examina no sea discriminatorio, circunstancia que como hemos expuesto anteriormente no ha quedado acreditada en el presente caso (v.g. Resolución de este Tribunal 150/2019, de 16 de mayo).

Procede, pues, estimar el segundo y último de los motivos del recurso y anular el criterio denominado “plazos de implantación” al no quedar acreditado que respete el principio de no discriminación ni que garantice la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GESTIÓN DE TRIBUTOS Y RECAUDACIÓN TRIBUTARIA, S.L.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio externalizado de atención telefónica” (Expte. 3/2018), convocado por el Patronato de Recaudación Provincial de Málaga, ente adscrito a la Diputación Provincial de Málaga y, en consecuencia, anular los mismos debiendo actuarse en el sentido expuesto en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptado por este Tribunal en Resolución de 12 de febrero 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.

