

Recurso 351/2019

Resolución 98/2020

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

Sevilla, 12 de mayo de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA BPO, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de atención telemática del Servicio Provincial de Gestión y Recaudación de la Diputación Provincial de Jaén”, convocado por la citada Diputación Provincial (Expte. CO-2019/150), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de agosto de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 546.000 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la



Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 7 de septiembre 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. (INNOVA en adelante) contra los pliegos de la contratación referida. Del citado escrito se dio traslado al órgano de contratación mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 9 de septiembre de 2019 en el que se le reclamaba, igualmente, el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar solicitada y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, habiéndose recibido la documentación completa en este Tribunal el 11 de octubre.

CUARTO. El 17 de septiembre de 2019, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. Mediante escritos de 15 de octubre de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo solicitado.

SEXTO. 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. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.4 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 por la Diputación Provincial de Jaén, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, ante la inexistencia de órgano propio a tales efectos por parte de dicha Diputación, de lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su actual redacción dada por el 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 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, los motivos en que INNOVA basa su recurso contra los pliegos ponen de manifiesto que estos restringen o limitan sus posibilidades de acceso a la licitación, razón por la que combate aquellas cláusulas que le perjudican. Es por ello que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, a través del eventual dictado de una resolución estimatoria de sus pretensiones, pretende remediar el perjuicio invocado.



TERCERO. El recurso se interpone contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

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”.

El anuncio de licitación fue publicado el 19 de agosto de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, facilitando el mismo el acceso a los pliegos y demás documentación objeto del presente recurso. Así pues, el recurso presentado el 7 de septiembre en el Registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto en el plazo legal.

QUINTO. Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede su examen. INNOVA solicita la anulación de los pliegos y funda su pretensión en una serie de motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en el siguiente.

En un primer motivo esgrime que el órgano de contratación ha incumplido el artículo 130 de la LCSP relativo a la *“Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”* y ha sustraído una información totalmente necesaria para los licitadores a efectos de sus cálculos de costes. En tal sentido manifiesta que el apartado 1 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) señala que no procede la *“obligación de subrogación por norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general (artículo 130 LCSP)”* y que, a la solicitud de información dirigida al órgano de contratación sobre la aplicación del artículo 18 del Convenio del Contact Center y la necesidad



de disponer de la relación de personal que presta el servicio en la actualidad, dicho órgano contestó que no procedía darle esa información por cuanto el citado artículo 18 del convenio colectivo se refiere a la extinción de un contrato mercantil cuyo régimen jurídico es distinto al del presente contrato administrativo.

Por su parte, el órgano de contratación, en el informe al recurso, se reitera en que el artículo 18 del citado convenio colectivo no es de aplicación en el marco del contrato público de servicios analizado.

Procede, pues, examinar la cuestión suscitada que se centra en determinar si, como señala la recurrente, el órgano de contratación ha incumplido la obligación de información impuesta por el artículo 130 de la LCSP.

Al respecto, el artículo 130.1 de la LCSP establece que *“Cuando 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, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.*

A estos efectos, 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”.

El precepto transcrito establece una obligación a cargo del órgano de contratación de informar a los licitadores sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, con el fin de permitir que, al formular sus ofertas, los licitadores hayan podido evaluar los costes laborales que implicará tal medida. El artículo 130 de la LCSP no contiene una regulación de las condiciones de subrogación -materia propia del derecho laboral y ajena a la contratación pública-, sino simplemente una obligación de información en la materia.



En cambio, el artículo 18 del Convenio colectivo de ámbito estatal del Sector de Contact Center (antes telemarketing), bajo la denominación “Cambio de empresa de Contact Center en la prestación de servicios a terceros” establece que *“Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a:*

1. Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla. A estos efectos y para que la nueva empresa contratista pueda dar cumplimiento a las previsiones de este artículo, la empresa saliente tendrá la obligación de proporcionar a la nueva empresa contratista una relación de trabajadores adscritos a la campaña o servicio finalizado incluyendo el nombre, apellidos, tipo de contrato, antigüedad en la empresa y en la campaña, turno de trabajo, retribuciones no modificadas en los 6 meses anteriores, dirección y teléfono de contacto, sin perjuicio que la empresa entrante pueda comprobar su veracidad.

Esta comunicación de datos personales es necesaria para los fines indicados sin perjuicio de que los titulares de los datos podrán ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición conforme a la normativa de protección de datos que resulte de aplicación.

De manera simultánea, la empresa saliente dará copia de esta información a la representación legal de los trabajadores.

2. Contratar a las personas que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios (...).”

En definitiva, el precepto impone a la nueva empresa adjudicataria la obligación de incorporar a todo el personal de la anterior contratista al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla, lo que no es lo mismo que incorporar a dicho personal a su plantilla. Se desprende, pues, que la obligación descrita en el artículo 18 del convenio no es una obligación de subrogación laboral en sentido estricto. Además, a diferencia del artículo 130 de la LCSP que impone al órgano de contratación la información sobre condiciones de subrogación en contratos de trabajo, el mencionado artículo 18 del convenio colectivo establece que es la empresa saliente la que tendrá la obligación de proporcionar a la nueva empresa contratista una relación de trabajadores adscritos a la campaña o servicio finalizado incluyendo una serie de datos relativos a identidad, tipo de contrato, antigüedad, turno de trabajo y retribuciones, entre otros.

Al respecto, ya en la Resolución 305/2019, de 24 de septiembre, de este Tribunal se indicaba, con referencia al artículo 18 del tan mencionado convenio colectivo, que *“En modo alguno, dicha disposición establece la obligación de subrogar al personal, como señala el órgano de contratación en la resolución, de 3 de abril de 2019, donde declara la exclusión de la oferta de FACTUDATA y manifiesta que en el citado artículo 18 «no se contempla*



una subrogación automática de trabajadores de empresa saliente y empresa entrante». Circunstancia que asimismo alega la recurrente cuando hasta la presente basa su alegato en que en dicho artículo no se exige una obligación de subrogación laboral, pero como se ha expuesto el incumplimiento lo es porque en la justificación de su oferta incumple lo exigido en el artículo 18, no porque no se subroga en sentido estricto en el personal de la anterior contratista”.

En el mismo sentido, la Resolución 638/2017, de 14 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que << No corresponde a este Tribunal la interpretación de los convenios colectivos ni de 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. Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de julio de 2013 (RJ 2013/6760) y de 27 de enero de 2015 (RJ 2015/471), ha concluido que el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center no impone una obligación de subrogar al personal, sino que sólo contempla la necesidad de que los trabajadores del anterior contratista participen en el proceso de selección de personal de la nueva, en los términos establecidos en la propia norma convencional, sin que quepa tampoco hablar de sucesión de empresas del artículo 44 del ET cuando, en supuestos como los enjuiciados, la nueva contratista no se ha limitado a continuar con la actividad desempeñada por la anterior asumiendo para ello la totalidad o parte de su plantilla, sino que aporta sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su know how. Efectivamente, el Tribunal Supremo señala que “...el artículo 18 establece disposiciones con las que se pretende garantizar e incentivar la contratación de empleados de la antigua contratista, pero sin llegar tan lejos como el art. 44 del E.T.”, y que el citado artículo 18 no dispone la subrogación de la plantilla, “al establecer sólo la necesidad de que los trabajadores de la anterior participen en el proceso de selección de personal de la nueva, obligación existente, únicamente, en los términos establecidos por el Convenio”. Y añade que “...no ha existido ningún negocio sobre la transmisión de la actividad y de los medios materiales e infraestructuras necesarios para el desarrollo de una actividad que necesita inmuebles, sistemas informáticos, de telefonía y de comunicaciones, entre otros medios materiales para su desarrollo”, y “el cambio de contratista en estas condiciones no encaja en el artículo 44.2 del E.T. ni en el 1.1 de la Directiva 2001/23, porque no se ha transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica (...)”>>.

Por tanto, hemos de concluir que en el caso examinado no estamos ante un supuesto de subrogación laboral, ni de carácter legal -no concurren los requisitos de la sucesión empresarial del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, toda vez que los pliegos impugnados imponen al nuevo adjudicatario la prestación del servicio en sus propias instalaciones y con los medios técnicos especificados en la cláusula 2 del PPT- ni de carácter convencional -al no estar contemplada en el artículo 18 del convenio colectivo aplicable-. En consecuencia, no puede resultar de aplicación el artículo 130 de la LCSP que se refiere



expresamente a la obligación de información que tiene el órgano de contratación en los casos en que opera la subrogación laboral de los trabajadores.

Asimismo, esta obligación de información que el artículo 130 atribuye al órgano de contratación respecto a los contratos del sector público en que opere la subrogación laboral por aplicación de una norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, en el supuesto que analizamos, por aplicación del citado artículo 18 del convenio colectivo, se traslada a la empresa saliente que deberá facilitar a la entrante la relación de trabajadores adscritos al servicio finalizado con indicación de su identidad, tipo de contrato, antigüedad en la empresa, turno de trabajo y retribuciones.

Procede, pues, la desestimación del motivo al no apreciarse en los pliegos incumplimiento de la obligación de información establecida en el artículo 130 de la LCSP.

SEXTO. En un segundo motivo, INNOVA aduce que existe discrepancia entre lo establecido en el PCAP y en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) respecto a la aportación por los licitadores de los curriculum del personal. En tal sentido manifiesta que el apartado 12 del Anexo I del PCAP no exige el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales, ni el deber de los licitadores de incluir los nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación objeto del contrato; mientras que la cláusula 4 del PPT establece que *“Los ofertantes deberán presentar una propuesta técnica que deberá incluir los siguientes apartados de forma exacta, siguiendo el mismo orden, siendo desestimadas todas aquellas propuestas que no sigan este orden y contenido:*

- *Acreditación de solvencia técnica mediante experiencia en servicios similares.*
- *Alcance de la propuesta.*
- *Memoria técnica:*
 - *Recursos humanos: Se aportará curriculum de cada una de las personas, acreditando los requisitos exigidos y su disponibilidad inmediata en caso de ser adjudicatario (...).”*

Asimismo, alega que la citada cláusula 4 del PPT exige la acreditación de solvencia técnica mediante experiencia en servicios similares, cuando tal extremo ha de justificarse como requisito previo en el sobre 1 sin que pueda volver a exigirse en otra fase del procedimiento.



Por ello, solicita la anulación de la citada cláusula del PPT en lo relativo a los requisitos establecidos sobre los recursos humanos (currículum del personal que ha de ejecutar el contrato) y a la acreditación de la solvencia técnica en una fase posterior a la de la justificación del cumplimiento de los requisitos previos.

Frente a este motivo se alza el órgano de contratación en su informe al recurso señalando que, como requisito mínimo de solvencia técnica, el PCAP exige una relación de servicios de igual o similar naturaleza realizados por el licitador y que los *currículum vitae* se requieren en la memoria técnica para ser valorados dentro del criterio de adjudicación "*Organización del equipo de trabajo propuesto*". Concluye, pues, que la recurrente confunde el requisito de solvencia técnica consistente en la experiencia de la empresa licitadora con la experiencia del personal a través de los currículum como criterio de adjudicación.

Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. El apartado 11 del Anexo I del PCAP establece que la solvencia técnica o profesional "*se acreditará mediante la presentación de una relación de los principales servicios realizados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en el sector público o privado(...) cuyo importe de adjudicación sea igual o superior a 136.500,00 euros, IVA excluido. Para determinar que un servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato se atenderá a los cuatro primeros dígitos de la CPV 79512000-6*".

Asimismo, el apartado 12 del mismo anexo del PCAP, relativo a la concreción de las condiciones de solvencia, no exige compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales, ni el deber de los licitadores de incluir nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación objeto del contrato. No obstante, como ya se ha indicado anteriormente, la cláusula 4 del PPT exige que la propuesta técnica de los licitadores incluya, de un lado, la acreditación de la solvencia técnica mediante experiencia en servicio similares y, de otro, el "*currículum de cada una de las personas, acreditando los requisitos exigidos y su disponibilidad inmediata en caso de ser adjudicatario*".

Pues bien, no exige mayor razonamiento la constatación de que la solvencia técnica o profesional, como requisito previo de admisión de los licitadores que debe concurrir en la fecha final de presentación de las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 140 de la LCSP y ser acreditada por el licitador que haya presentado la mejor oferta según establece el artículo 150.2 del citado texto legal, no puede ser parte integrante de la oferta técnica. Por tal razón, la cláusula 4 del PPT, en cuanto prevé la acreditación de dicha



solvencia como parte del contenido de la propuesta técnica, contraviene lo dispuesto en los preceptos legales referidos.

Asimismo, INNOVA solicita la anulación de la cláusula 4 del PPT en la parte relativa a la exigencia a los licitadores del curriculum del personal como parte de la memoria técnica, cuando el PCAP no requiere compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales, ni el deber de incluir nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación. Frente a ello, el órgano de contratación opone que la recurrente confunde la experiencia del licitador como requisito de solvencia técnica con la experiencia del personal que va a ejecutar la prestación como criterio de adjudicación.

Pues bien, entrando en el examen del motivo, lo cierto es que el PCAP solo prevé la acreditación de la solvencia técnica a través de la relación de servicios de igual o similar naturaleza en el curso de los tres últimos años, sin exigir ningún compromiso de adscripción de medios. Ahora bien, los curriculum del personal a que se refiere la cláusula 4 del PPT no constituyen la concreción de ninguna condición de solvencia técnica como parece entender la recurrente, sino que se trata de documentación a valorar como criterio de adjudicación. Téngase en cuenta que la citada cláusula del PPT prevé que los curriculum del personal que va a ejecutar la prestación forman parte de la memoria técnica a aportar por los licitadores, siendo así que, según establece el apartado 22 del Anexo I del PCAP, dicha memoria constituye la *“documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación”*.

En este sentido, el artículo 145.2 2.º) de la LCSP prevé como criterio de adjudicación *“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”*.

Por tanto, sin entrar a analizar en este fundamento la adecuación del criterio de adjudicación que valora la cualificación del personal a través de sus curriculum -extremo que no es denunciado específicamente por la recurrente en el motivo analizado-, su alegato de que no es posible exigir dichos curriculum sobre la base de que el PCAP no ha previsto ninguna concreción de condiciones de solvencia no puede prosperar, porque, reiteramos, no estamos ante un aspecto de solvencia técnica sino ante documentación a valorar como criterio de adjudicación.



El motivo ha de estimarse, pues, parcialmente.

SÉPTIMO. En el siguiente alegato, INNOVA impugna la exigencia de las referencias a la experiencia en el ámbito tributario que se contienen en la cláusula 3 del PPT, cuyo tenor es el siguiente:

“ Dotación de medios personales.

a) *Director del proyecto, Licenciado con experiencia en atención de Servicios de Gestión Tributaria y Recaudación Local, superior a 5 años.*

b) *Coordinador del servicio con al menos 3 años de experiencia acreditada en atención de Servicios de Gestión Tributaria y Recaudación Local.*

c) *Agentes asignados al Servicio, un mínimo de 5 personas con al menos 3 años de experiencia acreditada en atención telemática de Servicios de Gestión Tributaria y Recaudación Local”.*

Alega que ninguna de las actuaciones que configuran el objeto del contrato conforme a la cláusula 1 del PPT suponen ejercicio de autoridad, sino que son actividades administrativas complementarias a la actividad principal de carácter tributario, de modo que la gestión y ejecución de dichas actuaciones no se diferencian en lo esencial de cualquier otro sistema de gestión de información y asistencia a usuarios para cualquier otra Administración Pública o empresa privada.

Por tanto, invocando varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la recurrente sostiene que si, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11.4 b) del RGLCAP, un licitador puede justificar su solvencia técnica o profesional mediante la experiencia en la realización de trabajos o suministros del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, el personal adscrito a la ejecución del contrato debe poder acreditar su solvencia en los mismos términos y con los mismos medios que los establecidos para la acreditación de la experiencia de los licitadores.

En particular, INNOVA, basándose en que no es exigible identidad sino similitud entre las prestaciones del contrato objeto de licitación y las prestaciones de los ya realizados, solicita *“la anulación de las referencias al ámbito/entorno tributario entre los requerimientos establecidos para la justificación de la experiencia para el personal adscrito a la ejecución del contrato”*, a fin de que tales requerimientos se establezcan en los términos recogidos por el artículo 11 del RGLCAP.



Pues bien, concretando el motivo de impugnación esgrimido, el mismo se centra en que la experiencia en el ámbito tributario exigida en la cláusula 3 del PPT al personal que va a ejecutar la prestación es más exigente que la establecida en el artículo 11.4 b) del RGLCAP para las empresas licitadoras en aquellos casos en que los pliegos no han fijado criterios de solvencia, pues para estas últimas no es exigible identidad sino similitud entre las prestaciones del contrato licitado y las relativas a los ya ejecutados. Además, INNOVA refuerza su alegato transcribiendo la cláusula 1 del PPT donde se indica que las tareas objeto del contrato se limitan a servicios de información y asistencia al contribuyente que no implican el ejercicio de autoridad; todo ello con la clara idea de demostrar que la exigencia de experiencia en un ámbito tan específico como el tributario al personal encargado de ejecutar la prestación resulta desproporcionada atendiendo a las tareas que tiene que desarrollar y en comparación con la experiencia que, reglamentariamente, tienen que demostrar las empresas licitadoras a falta de previsión al respecto en los pliegos.

Como punto de partida, hemos de señalar que la cláusula impugnada, al establecer unos determinados perfiles profesionales con su experiencia respectiva, no concreta si tal previsión opera como concreción de una condición de solvencia técnica de las previstas en el artículo 76.2 de la LCSP a acreditar por el licitador que haya presentado la mejor oferta conforme al artículo 150.2 de la LCSP; o si tales perfiles y su experiencia operan en el ámbito de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación y en concreto, con arreglo al criterio sujeto a juicio de valor definido en el apartado 19 del Anexo I del PCAP consistente en *“Organización del equipo de trabajo propuesto. Tareas y proyecto formativo para el personal encargado en la prestación del servicio, valorándose el nivel de conocimiento por parte del equipo de los requisitos funcionales y técnicos del sistema informático tributario que dispone el Servicio Provincial de Gestión y Recaudación”*, ponderado con hasta 20 puntos.

Sobre tal particular, pese a la falta de claridad del PPT en una cuestión tan relevante, si partimos del dato de que el PCAP no establece más requisito de solvencia técnica que la experiencia empresarial en servicios iguales o similares sin exigir concreción posterior de condiciones de solvencia adicional referida al personal encargado de ejecutar la prestación, una interpretación conjunta de las cláusulas 3 y 4 del PPT nos lleva a concluir que los perfiles profesionales y experiencia mencionados en la cláusula 3 tienen que ver con los recursos humanos a que se refiere la cláusula 4 cuando define el contenido de la memoria técnica en orden a la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación.



Llegados a este punto, la pretensión de la recurrente de anulación de las referencias al ámbito tributario en la cláusula 3 del PPT para que los requerimientos exigidos al personal se establezcan en los términos más generales con que el artículo 11 del RGLCAP define los criterios de solvencia técnica empresarial, no puede ser estrictamente atendida porque no estamos ante un supuesto de solvencia técnica, sino ante un criterio de adjudicación que valora una determinada cualificación y experiencia del personal.

Cuestión distinta es que debamos abordar, toda vez que la recurrente solicita su anulación, la conformidad a derecho de la experiencia en el ámbito tributario de los perfiles citados en la cláusula 3 del PPT, si bien - como hemos dicho- desde la perspectiva de su valoración como criterio de adjudicación.

Pues bien, 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 (...)”*. Así pues, 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”*.



Al respecto, como señala el Informe 108/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, “(...) la expresión “de manera significativa” constituye un concepto jurídico indeterminado cuya concreción depende de las condiciones específicas de la licitación de que se trate, sin que sea posible definirlas de antemano. El vocablo “significativa” debe entenderse en este caso en la segunda de las acepciones que nos proporciona el Diccionario de la RAE, esto es, “Que tiene importancia por representar o significar algo.” En este sentido equivaldría a una influencia relevante en la ejecución del contrato, de modo que no sólo no es inocua en la ejecución, sino que es un elemento importante para la ejecución del contrato.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos concluir que la experiencia de algún trabajador de la empresa licitadora sí que puede considerarse como criterio de adjudicación en un contrato de ejecución de obras [tipo contractual respecto al que se plantea la consulta] (...) porque aunque en la Jurisprudencia del TJUE se alude a un tipo de contratos muy específicos como son los referentes a prestaciones de carácter intelectual, la Directiva y la ley española vigente no constriñen su aplicación a tipos concretos de contratos públicos.

(...) En conclusión, sí que resulta ajustado a derecho que los pliegos identifiquen a determinados perfiles profesionales, puestos o componentes de los licitadores como relevantes en la ejecución efectiva del contrato y fijen su experiencia como un criterio de adjudicación del mismo.

(...) Ahora bien, la participación efectiva en la ejecución y la influencia significativa en la mejora en la ejecución del contrato público exigen que los puestos o roles seleccionados en el pliego cumplan efectivamente estas dos condiciones, de modo que cabría considerar que no se produce esta circunstancia cuando los pliegos omitan perfiles igualmente relevantes a estos efectos o incluyan determinados perfiles característicos de empresas concretas y que no cumplan las condiciones descritas en la norma. En este sentido asiste la razón a la entidad consultante pues este tipo de referencias en los pliegos pueden suponer auténticas barreras de acceso a las licitaciones, contrarias por definición a los principios de concurrencia y de igualdad de trato a los licitadores. Como antes indicamos, estas dos condiciones sirven de parámetro de legalidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares en lo que hace a esta concreta cuestión”.

(...) Por todo lo anteriormente expuesto constituye una buena práctica que el órgano de contratación justifique suficientemente (en la memoria justificativa del contrato) la elección de este criterio de adjudicación de modo que quede motivada la proporcionalidad del criterio y su relación con el objeto del contrato”.

De lo hasta ahora expuesto, podemos extraer dos conclusiones claras:

1. La experiencia del personal de las entidades licitadoras puede ser criterio de adjudicación.



2. Su participación efectiva en la ejecución y la influencia de los perfiles seleccionados en una mejora de la ejecución contractual son dos circunstancias a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad y adecuación del criterio.

En el supuesto examinado, la memoria justificativa que obra en el expediente señala que *“la externalización del servicio de atención telefónica a los contribuyentes aporta numerosas ventajas entre las que destaca una mejora sustancial en la rapidez en la atención y suministro de información a aquellos por diferentes canales alternativos al presencial, así como liberar de tareas de información telefónica rutinarias al personal de atención al contribuyente(...)”*.

Asimismo, la memoria, en lo relativo a la justificación de los criterios, señala que *“(...) los criterios establecidos pretenden obtener servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a las necesidades, habiendo sido formulados objetivamente (...)”*.

Por su parte, la cláusula 1 del PPT, tras enunciar las tareas a realizar en ejecución del contrato, señala que las mismas *“(...) no implican, en modo alguno, ejercicio de autoridad, limitándose a servicios de información y asistencia al contribuyente”*.

Así pues, sobre la base de los datos expuestos que obran en el expediente, lo primero que se echa en falta es una adecuada justificación de la experiencia exigida para su valoración como criterio de adjudicación, lo que por otro lado resulta una obligación impuesta por el artículo 116.4 de la LCSP. En este sentido, no puede considerarse justificación suficiente el propósito dirigido a *“obtener servicios de gran calidad”* que obra en la memoria, pues esta frase es genérica y en nada explica por qué la concreta experiencia requerida a cada uno de los perfiles resulta necesaria o *“afecta de manera significativa a la mejor ejecución del contrato”* utilizando la dicción literal del artículo 145 de la LCSP.

Obviamente, una experiencia en el ámbito tributario como la señalada en la cláusula impugnada puede asegurar una adecuada ejecución, pero eso no significa que dicha ejecución no pueda quedar garantizada con un menor grado de exigencia, sobre todo teniendo en cuenta que el propio órgano de contratación reconoce en la memoria justificativa del expediente que el servicio consiste en *“tareas de información telefónica rutinarias al personal de atención al contribuyente”* y la cláusula 1 del PPT señala que las tareas se limitan a *servicios de información y asistencia al contribuyente”*.



Lo expuesto nos lleva a concluir que si bien no puede acogerse la pretensión formulada por la recurrente de que la experiencia exigida al personal se establezca en los términos recogidos en el artículo 11.4 b) del RGLCAP y ello, por cuanto no estamos ante un supuesto de solvencia técnica, aquella sí debe prosperar en lo relativo a la anulación de las referencias al ámbito tributario contenidas en la cláusula 3 del PPT, habida cuenta de su insuficiente justificación y teniendo en cuenta los datos del expediente que hemos analizado sobre la naturaleza de las tareas a realizar.

OCTAVO. En un último motivo, la recurrente impugna el apartado 19 del Anexo I del PCAP relativo a los criterios de adjudicación, cuya redacción es la siguiente:

Criterios valorables mediante un juicio de valor: SI

<i>N</i>	<i>Descripción del criterio</i>	<i>Ponderación 40 puntos</i>
<i>1</i>	<i>Metodología utilizada para prestación del servicio: Sistemática, organización, programación, planificación en la ejecución de los trabajos adaptada al aplicativo informático de información tributaria del Servicio Provincial de Gestión y Recaudación.</i>	<i>Hasta 20 puntos</i>
<i>2</i>	<i>Organización del equipo de trabajo propuesto. Tareas y proyecto formativo para el personal encargado en la prestación del servicio, valorándose el nivel de conocimiento por parte del equipo de los requisitos funcionales y técnicos del sistema informático tributario que dispone el Servicio Provincial de Gestión y Recaudación</i>	<i>Hasta 20 puntos</i>

Los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase, siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de 20 puntos.

Criterios valorables mediante aplicación de fórmulas: sí

<i>N</i>	<i>Descripción del criterio</i>	<i>Ponderación 60 puntos</i>
<i>1</i>	<i>Precio hora, obteniendo el máximo de 40 puntos el precio hora mínimo ofertado. Las demás obtendrán los puntos que les correspondan en función de la aplicación de un criterio de proporcionalidad Valoración criterio precio= $\frac{\text{Precio hora mínimo ofertado} \times 40}{\text{Precio hora que se valora}}$</i>	<i>Hasta 40 puntos</i>



2	<p><i>Mayor número de horas de prestación del servicio.</i></p> <p><i>2,5 puntos por cada hora diaria de ampliación del horario establecido como requisito (de 9 a 14 horas y de 16 a 18 horas de lunes a viernes)</i></p>	Hasta 10 puntos
3	<p><i>Mayor número de Agentes disponibles:</i></p> <p><i>1 punto por cada agente disponible con posibilidad de adscripción de forma inmediata en caso de necesidad para atender los picos de atención que se generen y que superen el mínimo exigido de 5 personas.</i></p> <p><i>Los agentes tendrán que reunir los requisitos de capacitación exigidos a los 5 iniciales (experiencia mínima de 3 años en trabajos de atención telemática en materia de gestión tributaria y recaudación local)</i></p>	Hasta 10 puntos

INNOVA alega que la redacción de los criterios de adjudicación en el apartado transcrito del PCAP incumple el artículo 145 de la LCSP porque:

1. Otorga ventaja a la actual prestataria del servicio, ya que dicha entidad es la única que puede conocer al detalle las características del aplicativo informático y del sistema informático del Servicio Provincial de Gestión y Recaudación (SPGR) y podrá confeccionar la memoria técnica con una ventaja competitiva muy importante, obteniendo una mayor puntuación en dichos criterios.

2. Valora como criterio de adjudicación la experiencia previa de los agentes disponibles en la bolsa de trabajo.

En apoyo de su alegato hace referencia, de un lado, a doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que, a propósito de la experiencia del equipo ofertado como criterio de adjudicación, señala la necesidad de que la calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato y, de otro, a doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la necesidad de que los poderes adjudicadores garanticen la igualdad de oportunidades de todos los licitadores en la formulación de sus ofertas para promover el desarrollo de una competencia sana y efectiva.



Así pues, la recurrente finaliza su alegato solicitando la anulación, en la redacción de los criterios de adjudicación del PCAP, de las referencias (i) al aplicativo informático de información tributaria y al sistema informático del SPGR en los criterios sujetos a juicio de valor y (ii) al criterio de experiencia previa del personal que compondrá la bolsa de trabajo de reserva en los criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas.

Por su parte, el informe al recurso se opone conjuntamente a este alegato y al anterior esgrimiendo que los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica a la hora de valorar los requisitos técnicos que deben cumplir los licitadores, no pudiendo considerarse contrario a los principios de la contratación el establecimiento de requisitos que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación para alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con la licitación. Insiste en que la especialidad de la materia tributaria justifica que se valore una determinada experiencia profesional en dicho ámbito.

Pues bien, respecto a los criterios sujetos a juicio de valor, ciertamente la redacción de los mismos y su alta ponderación (hasta un máximo de 40 puntos) otorgan una ventaja competitiva al actual contratista en orden a la adjudicación, al ser esta la única entidad que conoce al detalle las características del aplicativo informático y del sistema informático del SPGR.

En cualquier licitación, fundamentalmente en las relativas a contratos de servicios, es inevitable que el anterior 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 empresario interesado 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 el actual contratista se ve potenciada e incrementada con la redacción de los criterios impugnados, donde se



valora considerablemente (hasta 40 puntos) el nivel de conocimiento del sistema informático del SPGR y la adaptación al mismo por parte de la metodología utilizada para la prestación del servicio, sin que, además, el órgano de contratación alegue nada en su informe en defensa de los criterios combatidos.

Al respecto, 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 aplicativo informático de información tributaria y al sistema informático del SPGR, por cuanto vulneran el principio de igualdad y colocan en posición más favorable al actual prestador del servicio.

Por último, INNOVA impugna, en el criterio de evaluación automática denominado “mayor número de agentes disponibles”, la parte del mismo que valora la experiencia previa de los agentes con la siguiente redacción *“Los agentes tendrán que reunir los requisitos de capacitación exigidos a los 5 iniciales (experiencia mínima de 3 años en trabajos de atención telemática en materia de gestión tributaria y recaudación local)”*.

Del alegato del recurso se desprende que lo cuestionado *strictu sensu* es que la experiencia del personal pueda ser criterio de adjudicación, aun cuando de la doctrina invocada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pudiera deducirse que la recurrente va más allá y lo que pretende combatir es la concreta experiencia exigida en el criterio.

En cualquier caso, es a INNOVA a la que corresponde formular su pretensión y articular con claridad y precisión los razonamientos en que la misma se sustente, sin que sea función de este Tribunal indagar acerca de la auténtica intención de la recurrente a la hora de combatir el criterio en cuestión. Así pues, atendiendo a que solicita su anulación por la sola circunstancia de que valora la experiencia como criterio de adjudicación, tal pretensión debe desestimarse pues ya hemos analizado en el fundamento de derecho anterior que la experiencia del personal puede ser criterio de adjudicación, consagrándose de este modo en el artículo 145 de la LCSP.

Con base en las consideraciones realizadas en los distintos fundamentos de esta resolución, procede la estimación parcial del recurso con anulación de los pliegos y demás documentos contractuales, incluidos



los demás actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, 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 **INNOVA BPO, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de atención telemática del Servicio Provincial de Gestión y Recaudación de la Diputación Provincial de Jaén”, convocado por la citada Diputación Provincial (Expte. CO-2019/150), y en consecuencia, anular los pliegos y demás documentos contractuales conforme a lo expresado en el fundamento de derecho octavo de esta 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, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 17 de septiembre 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.

