Recurso 357/2021
Resolución 51/2022

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

Sevilla, 28 de enero de 2022

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 telefónica en materia tributaria a los obligados tributarios, desde el centro de atención de llamadas del contratista, de conformidad con lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas", convocado por la Diputación Provincial de Almería (Expte. 2021/D22200/006-302/00006), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de julio de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 2 de julio el citado anuncio había sido publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose los pliegos a disposición de los interesados a través del citado perfil el 5 de julio. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 231.034,71 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 23 de julio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INNOVA BPO, S.L. contra los pliegos que rigen la contratación referenciada.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que posteriormente tuvo entrada en este Tribunal.

El 10 de agosto de 2021, este Tribunal denegó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la recurrente.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han formulado en el plazo señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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

En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza, habiendo ésta remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, no constando que la misma haya participado en la licitación.

Al respecto, 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».*

La recurrente impugna determinadas cláusulas de los pliegos al considerar que restringen sus posibilidades de acceso a la licitación. De ese modo, una eventual estimación del recurso permitiría remover los obstáculos que le impiden o dificultan su participación en el procedimiento. Es por ello que ostenta legitimación para la interposición del recurso.

TERCERO. Acto recurrible

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. Plazo de interposición.

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 analizado, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados el 5 de julio de 2021, habiéndose presentado el recurso especial en el registro del Tribunal el 23 de julio de 2021 y, por tanto, dentro del plazo legal.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre la certificación de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad.

La recurrente solicita la anulación de los pliegos y funda su impugnación en tres motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, denuncia el contenido del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que, a continuación, se transcribe:

«Formalización del contrato (descrito en la cláusula 11ª del presente pliego): Antes de la formalización del contrato, el adjudicatario deberá remitir a la Sección de Servicios la siguiente documentación:
(…)
Por las características del servicio que se pretender contratar, de conformidad con la Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, el licitador antes de la formalización del contrato deberá aportar Certificación de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, de sistemas de categorías MEDIA, utilizando los mismos procedimientos que los exigidos en esta Instrucción Técnica de Seguridad para las entidades públicas. Su exigencia antes de la formalización se justifica para garantizar que la empresa adjudicataria, desde el momento que empieza a prestar el servicio, tiene garantizados los protocolos de seguridad con arreglo a lo preceptuado para la obtención de dicho certificado.

(…)

Obligaciones esenciales: tiene el carácter de obligación esencial, sin perjuicio de lo dispuesto en el apdo. anterior de "condiciones especiales de ejecución", a los efectos de la posible resolución del contrato conforme a lo previsto en el artículo 211 de la LCSP:
(…)
f) El contratista deberá mantener la vigencia, durante toda la duración del contrato, de la certificación de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, de sistemas de categoría MEDIA».

La recurrente sostiene que el requerimiento de la certificación de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) no está vinculado al objeto del contrato, es desproporcionado y limita el principio de libre concurrencia.

En tal sentido manifiesta que *«El Esquema Nacional de Seguridad (ENS), regulado por el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, determina la política de seguridad que se ha de aplicar en la utilización de los medios electrónicos. El ENS está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos para una protección adecuada de la información. Será aplicado por las AA.PP. para asegurar el acceso, integridad, disponibilidad, autenticidad, confidencialidad,*

trazabilidad y conservación de los datos, informaciones y servicios utilizados en medios electrónicos que gestionen en el ejercicio de sus competencias. Así pues, el ENS es de aplicación para las Administraciones Públicas.

A mayor abundamiento, la Diputación Provincial de Almería actualmente no cuenta con la certificación de conformidad con el ENS, de acuerdo con la consulta efectuada en el link https://ens.ccn.cni.es/es/certificacion/sector-publico del Centro Criptológico Nacional, adscrito al Centro Nacional de Inteligencia dependiente del Ministerio de Defensa, por lo que consideramos desproporcionado que exija dicho requerimiento a los licitadores.

Las empresas privadas pueden solicitar voluntariamente su certificación, pero resulta discriminatorio que la Diputación Provincial de Almería que no posee la mencionada certificación la exija como requisito esencial a las empresas que participen en una de sus licitaciones, siendo posible en todo caso especificar por parte de la Diputación Provincial de Almería cuales han de ser las medidas y controles de seguridad equivalentes que estime necesarios para la ejecución del servicio.
(…)
Las prestaciones objeto del contrato y las descripciones recogidas en el PPT son de carácter técnico relacionadas con la atención telefónica y con la gestión administrativa que de ella se deriva, por lo cual no se entiende la necesidad de exigir la certificación solicitada, pues consideramos que no está vinculada al objeto del contrato».

Y cita la resolución 275/2017, de 26 de diciembre, de este Tribunal en la que, según manifiesta, se anuló la exigencia de la certificación según el ENS respecto a un centro de llamadas de información tributaria.

Frente al alegato expuesto, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que el certificado no se exige como medio de solvencia, sino que se trata de una obligación impuesta al contratista durante la ejecución del contrato.

Asimismo, acompaña informe técnico donde se intenta justificar la exigencia de la certificación al adjudicatario de conformidad con la Instrucción Técnica de Seguridad, aprobada por Resolución de 13 de octubre de 2016 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. En el citado informe también se señala que *«La Diputación de Almería, aunque aún no dispone de Certificación de conformidad, está en la fase de adecuación al ENS al amparo de la Disposición Transitoria del Real Decreto 3/2010 "Adecuación de Sistemas"*
(…)
En el Plan de adecuación al ENS aprobado por la Diputación viene recogida la valoración resultante de los activos de la información y servicios de la Diputación y dentro de los SERVICIOS ESENCIALES ENS se encuentra Recaudación, cuya categoría es Media.
(…)
No obstante, no debe ser objeto de discusión para el licitador si la Diputación tiene o no el certificado, sino la procedencia de su exigencia, que se fundamenta en el apartado VII de la Instrucción Técnica de Seguridad(…).

De otro lado, conviene aclarar también, que al considerar exigible la certificación nivel media del ENS al adjudicatario de este contrato de servicios, no se pueden ofrecer medios equivalentes o alternativas con otros certificados que sean de implementación voluntaria. Una de las principales diferencias con otras certificaciones como por ejemplo las ISO, es que la certificación conforme al Esquema Nacional de Seguridad se trata de un documento reglado emitido conforme a normas administrativas españolas de obligado cumplimiento para las Administraciones Públicas españolas y en su caso para los prestadores de servicios externos conforme a lo

dispuesto en la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, mientras que las otras son voluntarias».

Por último, el informe técnico que adjunta el órgano de contratación defiende la vinculación del certificado con el objeto del contrato apelando a los medios materiales de naturaleza electrónica necesarios para el tratamiento de la información que se exigen en el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. No obstante, antes de abordar la controversia suscitada, hemos de partir de las consideraciones siguientes:

1. El Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, que se aplica a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional, prevé en su artículo 29 que *«El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (...) aprobará las instrucciones técnicas de seguridad de obligado cumplimiento, y se publicarán mediante resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas»*.

Así, mediante la Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, se aprobó la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS, que tiene por objeto establecer los procedimientos para dar publicidad a la conformidad con el ENS, así como los requisitos exigibles a las entidades certificadoras, y es de aplicación a los sistemas de información de las entidades públicas incluidas en el ámbito de aplicación del mencionado Real Decreto 3/2010.

En el apartado VII de esta Instrucción Técnica, relativo a soluciones y servicios prestados por el sector privado, se establece que *"Cuando los operadores del sector privado presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas, a los que resulte exigible el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad, deberán estar en condiciones de exhibir la correspondiente Declaración de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, cuando se trate de sistemas de categoría BÁSICA, o la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, cuando se trate de sistemas de categorías MEDIA o ALTA, utilizando los mismos procedimientos que los exigidos en esta Instrucción Técnica de Seguridad para las entidades públicas"*, y que *"Es responsabilidad de las entidades públicas contratantes notificar a los operadores del sector privado que participen en la provisión de soluciones tecnológicas o la prestación de servicios, la obligación de que tales soluciones o servicios sean conformes con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Seguridad y posean las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad, según lo señalado en la presente Instrucción Técnica de Seguridad"*.

2. El objeto del contrato es la prestación del servicio de atención telefónica en materia tributaria, desde el centro de atención de llamadas del contratista, sobre los trámites y consultas que se especifican en el apartado segundo del PPT, previendo el apartado 4 del citado pliego que *«Para una correcta ejecución del contrato se exige que el adjudicatario cuente con un centro de atención de llamadas desde el que se preste el servicio según se expresa a continuación.*

4.1. Para la atención de llamadas se realizarán por cuenta del contratista las siguientes tareas:

- *Integración con el sistema Contact Center de la Diputación de Almería (MiContactCenter Enterprise de MITEL) de los puestos de atención del contratista mediante conexión de red privada virtual (VPN) a la Red Provincial de Comunicaciones (RPC). Las licencias de agente necesarias para la integración de estos puestos serán suministradas por la Diputación de Almería.*

4.2. El centro de atención de llamadas deberá contar con los siguientes medios técnicos a aportar por el contratista.
Medios necesarios para adscribir al contrato.
Sistemas de continuidad eléctrica, y de climatización de salas técnicas.
Sistemas de continuidad de comunicaciones.
Contar con un centro de respaldo.
Al menos 8 puestos de trabajo dotados de ordenadores personales, escalables en su caso, y compatibles con el software de agente del sistema Contact Center de la Diputación de Almería.
Conexión VPN entre el centro de aténcion y la Red Provincial de Comunicaciones (RPC).

El centro de respaldo está previsto para dar de soporte, en caso de caida del centro principal.
Todas estas circunstancias deberán acreditarse por el licitador propuesto como adjudicatario antes de la formalización del contrato, en el plan para la puesta en marcha del servicio
Para la atención a los contribuyentes y resto de obligados tributarios, se dispondrán las medidas técnicas necesarias con las garantías de protección de datos personales y seguridad necesaria, para la conexión a los Sistemas de Información del S.A.T. ubicados en las dependencias de la Diputación de Almería.
Los costes derivados de las conexiones para acceso los sistemas de información del S.A.T. correrán a cargo del adjudicatario, así como los de puesta en marcha.»

3. Según se manifiesta en el informe técnico que adjunta el órgano de contratación, la Diputación de Almería, aunque aún no dispone de Certificación de conformidad, está en la fase de adecuación al ENS al amparo de la Disposición Transitoria del Real Decreto 3/2010 "Adecuación de Sistemas", habiendo aprobado al respecto:
- La Política de Seguridad y Privacidad de la Información de la Diputación de Almería
- El Plan de mejora de la Seguridad y el Plan de adecuación al ENS, viniendo recogido en este último la valoración resultante de los activos de la información y servicios de la Diputación y dentro de los «SERVICIOS ESENCIALES EN« se encuentra la recaudación cuya categoría es media.

Así pues, a la vista de lo expuesto, el alegato del recurso debe desestimarse; y ello, por las siguientes razones:

-De conformidad con el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, y la Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas por la que se aprobó la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS, las entidades públicas contratantes -en este caso la Diputación provincial de Almería- pueden y deben exigir a los operadores del sector privado que participen en la provisión de soluciones tecnológicas o la prestación de servicios, que tales soluciones o servicios sean conformes con lo dispuesto en el ENS y posean las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad.

Como señalamos en nuestra Resolución 489/2021, de 25 de noviembre, *«(…) las medidas de seguridad que deben adoptar los proveedores de servicios no las fija el propio proveedor, sino que serán las determinadas por la Administración contratante, en virtud de la naturaleza de los servicios prestados (sistemas de categorías básica, media o alta), sin que pueda entenderse que con dicha exigencia se limita la concurrencia, siendo además dicha comprobación previa de conformidad con el ENS esencial para la prestación del servicio en las condiciones de seguridad exigidas por la normativa actual».*

No cabe considerar como óbice a la anterior exigencia que la Diputación no disponga aún de la citada certificación; pues, según se desprende del informe técnico que adjunta el órgano de contratación, aquella está en fase de obtención de la misma para el servicio de recaudación con la categoría media y sin perjuicio de ello, la

Instrucción de la Secretaría de Estado es clara cuando establece su exigencia para los operadores del sector privado que presten servicios que deban cumplir el ENS.

-En cuanto al cumplimiento del ENS en este tipo de servicios, la recurrente esgrime que se trata de prestaciones de carácter técnico donde la certificación solicitada no es necesaria; no obstante, los medios materiales previstos en el apartado 4 del PPT ponen de relieve el uso de medios electrónicos para el tratamiento de la información y como indica el informe técnico al recurso *«Dado que la Diputación ha categorizado los sistemas de información objeto de este contrato de categoría MEDIA, y para que Diputación pueda cumplir con las exigencias del ENS, debe exigir a los prestadores de servicios externos (…) que tengan acreditación de conformidad al ENS en categoría Media al inicio de la prestación del Servicio».* Se desprende, pues, la vinculación al objeto del contrato de esta obligación del contratista.

-Llegados a este punto, la certificación de conformidad con el ENS prevista en el PCAP no es un criterio de solvencia ni de adjudicación que impida o limite la participación en la licitación. Es una obligación que se impone al adjudicatario antes de la formalización del contrato. Como señala el Informe 12/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya *«La exigencia del compromiso de las empresas licitadoras de estar en situación de poder cumplir la conformidad con el ENS en un momento posterior a la licitación es una opción más favorecedora de la concurrencia que la exigencia de acreditación en la propia oferta y, por tanto, más conveniente, siempre que sea adecuado al objeto del contrato.»*

Asimismo, no es válida la cita que la recurrente hace de la Resolución 275/2017, de 26 de diciembre, de este Tribunal; por cuanto en la misma, entre otras particularidades, el cuestionado certificado se incluía como requisito de solvencia técnica a todo licitador participante y no como exclusiva obligación del adjudicatario a presentar con carácter previo a la formalización.

- Por último, en cuanto a la denuncia del recurso sobre la falta de establecimiento en el PCAP de medidas y controles de seguridad equivalentes a la certificación de conformidad con el ENS, ha de darse la razón al órgano de contratación cuando esgrime que dicho certificado es un documento reglado que ha de ajustarse a los requisitos establecidos en el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero; es decir, debe ser emitido con arreglo a lo dispuesto en normas administrativas que son de obligado cumplimiento para las Administraciones Públicas españolas y en su caso para los prestadores de servicios externos conforme a lo dispuesto en la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad. Así pues, no se trata, propiamente, de un certificado de carácter voluntario para el empresario que acredite el cumplimiento de determinadas normas de garantía de calidad, respecto del cual el artículo 93 de la LCSP sí prevé el reconocimiento de certificados equivalentes o pruebas de medidas equivalentes.

Con base en las consideraciones realizadas, el motivo debe ser desestimado.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales como requisito de solvencia económica y financiera.

El Anexo III del PCAP, al referirse a la solvencia económica y financiera, prevé que la misma deberá acreditarse mediante la cifra anual de negocios del licitador de los tres últimos años; y añade que *«Otra opción para acreditar la solvencia será mediante la presentación del justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales por importe igual o superior a 115.517,36 euros.»*

La recurrente, invocando el artículo 87.1 b) de la LCSP, alega que la posibilidad de acreditar la solvencia económica mediante el citado seguro solo es en aquellos casos en que resulte apropiado, lo que no acontece en el presente contrato de servicios que se refiere a una actividad netamente empresarial de la que no deriva riesgo profesional. Solicita, pues, la anulación de su exigencia en el PCAP.

En el informe al recurso, opone, en síntesis, el órgano de contratación que el requisito se ha configurado en el PCAP como alternativo y no como obligatorio; es decir, no es el único medio para la acreditación de la solvencia económica.

Pues bien, el artículo 87.1 de la LCSP describe los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, correspondiendo al órgano de contratación según el citado precepto legal la elección de uno o varios medios. Dice así, en lo que aquí interesa, *«La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*
(...)
b) En los casos en que resulte apropiado, justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.»

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de manifestarse en varias ocasiones sobre la exigencia del seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales como requisito mínimo de solvencia económica y financiera. Entre otras, en nuestra Resolución 85/2020, de 1 de junio, señalábamos lo siguiente:

«*La posibilidad de que se acredite la solvencia mediante el justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales, queda condicionada según el artículo 87.1.b) de la LCSP a los casos en que resulte apropiado.*

En el presente supuesto, atendiendo al objeto del contrato, y tal como sostiene la entidad recurrente y admite el órgano colegiado, no resulta apropiado. Así, en nuestra Resolución 269/2017, de 18 de diciembre, se ha señalado:

"La posibilidad de exigir el órgano de contratación el que las entidades licitadores estén en disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales para acreditar la solvencia económica y financiera, trae su causa del artículo 75.1 b) del TRLCSP que la circunscribe a los "casos en que resulte apropiado".

Por su parte, el artículo 11.4 del RGLCAP, redactado por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, dispone que «Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación y no exentos del requisito de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación los licitadores o candidatos que no dispongan de la clasificación que en su caso corresponda al contrato acreditarán su solvencia económica y financiera, técnica y profesional por los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación:
a) El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato (...).
En los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales, en lugar del volumen anual de negocio, la solvencia económica y financiera se podrá acreditar mediante la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales (…).»

Así pues, conforme al citado artículo 11.4 del RGLCAP, en los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales resulta apropiado que la solvencia económica y financiera se justifique mediante la existencia de un seguro de indemnización en lugar del volumen anual de negocio.

En este sentido, aun con carácter previo a dicho artículo 11.4, se manifestó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 78/09, de 23 de julio de 2010, en el que, tratando de la exigencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales como medio de acreditación de la solvencia económica, limitó su exigencia a los profesionales propiamente dichos, que no así a las empresas, y ello con base en el artículo 1.1.c) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo: "Partimos, en efecto, de la base de que la exigencia de la póliza de indemnización de riesgos profesionales (técnicamente una póliza de responsabilidad civil por riesgos profesionales), se circunscribe a los profesionales propiamente dichos y no es exigible a las empresas. Así lo hace el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo que a estos efectos debe servirnos de guía. Esta disposición, en su artículo 1.1, exige a efectos de clasificación, para las empresas, en general, la acreditación de un patrimonio neto mínimo, mientras que para los profesionales exige la disposición de un seguro de riesgos profesionales con una determinada cobertura económica. Y ello se hace porque, de conformidad con el mismo precepto, tales profesionales no tienen la condición de empresarios (art. 1.1, letra c) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo). Resulta así, que la diferencia que justifica la exigencia de un seguro de responsabilidad civil a los profesionales, en lugar de exigirles la acreditación de estar en posesión de un patrimonio neto mínimo, radica, precisamente, en que el ejercicio de una profesión, en general, no requiere de la existencia de una organización ni contar con unos determinados medios financieros, sino que puede ser ejercida individualmente y con unos medios financieros irrelevantes, sin que por ello tenga que verse afectado el resultado del ejercicio profesional. Por el contrario, para el ejercicio de las actividades mercantiles propias de los contratos de obras y servicios que no tengan carácter profesional, sí es exigible la existencia de tal organización y disposición de medios (...)."

*No puede estimarse la alegación del órgano de contratación de que se entienda que los medios de acreditar la solvencia económica y financiera son alternativos y no acumulativos. En primer lugar porque la redacción de la cláusula es clara, exigiendo ambos medios. Y en segundo lugar porque siendo presupuesto para poder utilizar este medio la naturaleza de la actividad a prestar en ejecución del contrato, la posibilidad de acreditar esas solvencias mediante el seguro sigue siendo inapropiada***».**

En el supuesto analizado, a diferencia del caso enjuiciado en la resolución parcialmente transcrita, el seguro de responsabilidad civil se establece como medio de acreditación alternativo y no acumulativo al otro descrito en el PCAP. Desde esta perspectiva, es cierta la afirmación del órgano de contratación de que ningún perjuicio origina la estipulación del seguro en el pliego para la entidad recurrente u otras entidades empresariales interesadas en participar en la licitación, quienes siempre podrían optar por el otro medio descrito para acreditar su solvencia económica. Ahora bien, tampoco cabe olvidar que el objeto del contrato es un servicio de atención telefónica en materia tributaria a los obligados tributarios desde el centro de atención de llamadas del contratista y que, por tanto, no se trata de un contrato de servicios profesionales, lo que determina que la previsión de este medio de acreditación de la solvencia económica en el pliego no resulte adecuado.

Con base en lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre la imposición del convenio colectivo aplicable.

En un último motivo, la recurrente solicita *«la anulación de la imposición del convenio colectivo de aplicación recogida en los anexos I y VI del PCAP, por considerar que trata de cuestiones propias del ámbito laboral ajenas al órgano de contratación».*

El Anexo I del PCAP establece, en lo que aquí interesa, que *«Tiene el carácter de obligación esencial, sin perjuicio de lo dispuesto en el apdo. anterior de "condiciones especiales de ejecución", a los efectos de la posible resolución del contrato conforme a lo previsto en el artículo 211 de la LCSP:*

(...)

e) El contratista está obligado, por el tipo de servicio objeto de prestación, a su inclusión dentro del ámbito de aplicación del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center, conforme a lo dispuesto en el art. 2 de dicho Convenio».

Y el Anexo VI del citado PCAP, relativo al «Compromiso de adscripción obligatoria de medios al contrato», señala lo siguiente: *«**Medios personales**:*
- Un mínimo de 2 agentes teleoperadores asignados al contrato en exclusiva. El personal destinado a la prestación del servicio adjudicado deberá tener una formación mínima de bachillerato. Al menos uno de los agentes debe acreditar además estar en posesión del nivel B2 de ingles, aportando certificación de ello al respecto. Este personal debe estar encuadrado en la categoría de teleoperador especialista o gestor telefónico, segun el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing).

(...)

- Un coordinador o responsable del servicio, cuya categoría laboral sería como mínimo la de coordinador en base al citado convenio colectivo de aplicación».

La recurrente sostiene que el artículo 130.1 de la LCSP solo impone la obligación de proporcionar información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores, entre la que se encuentra el convenio colectivo de aplicación, en caso de que exista posibilidad de subrogación. No obstante, aquella información no deriva en la obligación de aplicar dicho convenio colectivo, ya que esta cuestión excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos.

Frente al alegato se alza el órgano de contratación esgrimiendo que la referencia al convenio colectivo de aplicación es un dato que ha de facilitar la empresa saliente y que el órgano de contratación debe dar esa información en los pliegos. Asimismo, invoca el artículo 35.1) de la LCSP, referido al contenido mínimo del contrato, cuya letra n) señala *"La obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación".*

Prosigue manifestando que *«Dentro de las facultades de las que dispone el órgano de contratación para fijar las que considera obligaciones esenciales, atendiendo a que la prestación del servicio se realiza en gran parte con medios personales, se ha fijado como una de ellas en el Anexo I del PCAP, apartado e), que el contratista está*

obligado, por el tipo de servicio objeto de prestación, a su inclusión dentro del ámbito de aplicación del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center, conforme a lo dispuesto en el art. 2 de dicho Convenio.

Asimismo, la remisión al Convenio colectivo de aplicación en el Anexo VI del PCAP se realiza a efectos de describir las cualificaciones que deben tener los medios personales adscritos al contrato, en aplicación del artículo 76.2 LCSP, sirviendo el convenio de aplicación como referencia a efectos de la comprobación del cumplimiento de dichos requisitos.

Por otra parte, el recurrente no discute que el convenio citado no sea el que resulte aplicable ni ofrece otra alternativa, sino que se limita a decir que no se ha de mencionar, por lo que si la información no es errónea no se entiende la disconformidad manifestada.
Por tanto, toda mención en los pliegos relacionada con el convenio colectivo de aplicación se realiza en cumplimiento de lo establecido en los artículos citados de la LCSP, considerando que son lícitas y conformes a lo establecido, ya que se realizan con carácter informativo o referencial y para su aplicación».

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La cuestión a resolver es si las referencias en los Anexos I y VI del PCAP al convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center determinan que dicho convenio es el que viene obligado a cumplir el contratista o tal mención se realiza con carácter meramente informativo o referencial.

Pues bien, pese a que el órgano de contratación parece defender esto último en su informe al recurso, el tenor literal de los anexos impugnados del PCAP (en particular el Anexo I)deja claro que el contratista está obligado a su inclusión dentro del ámbito del convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center, teniendo dicha obligación carácter esencial y determinando su incumplimiento la resolución del propio contrato.

Ninguna duda suscita a este Tribunal los términos imperativos del PCAP respecto a la indicación del convenio colectivo que debe aplicar el contratista, por mucho que el órgano de contratación intente ahora en su informe al recurso modular la obligación impuesta en los pliegos indicando que la referencia al convenio es a título meramente informativo o referencial. Siendo ello así, el motivo del recurso debe prosperar por cuanto el pliego no puede señalar ni obligar al adjudicatario a aplicar un determinado convenio colectivo, siendo tal previsión un exceso que en modo alguno encuentra acomodo en la normativa contractual, al tratarse de cuestiones propias del derecho laboral.

En tal sentido, cuando el artículo 130.1 de la LCSP relativo a la *"Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo"* menciona el convenio colectivo de aplicación, tan solo se refiere a la información que la empresa saliente debe suministrar al órgano de contratación y este a los licitadores, a efectos de determinar el alcance de la subrogación que haya de operar en virtud del citado convenio colectivo.

Como señala la Resolución 76/2017, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en un supuesto muy parecido al aquí analizado, *«(…) el órgano de contratación, ante la apariencia de que pueda existir una obligación de subrogación, de acuerdo con la legislación laboral y convenios aplicables, debe hacer referencia a ella en los pliegos, pero no imponer dicha obligación, ya que su procedencia y alcance será el establecido en el convenio colectivo que sea de aplicación, sin que los pliegos deban identificar, y menos en términos imperativos, el convenio aplicable, al tratarse de cuestiones propias de derecho laboral; y debe ofrecer a tales efectos a los licitadores la información necesaria sobre las condiciones de los trabajadores que puedan verse afectados por la subrogación, a fin de que puedan tener en cuenta tal información al preparar sus ofertas (...).*

En el presente caso, si bien el órgano de contratación alega que el contenido de las cláusulas impugnadas lo son a mero título informativo, lo cierto es que la literalidad de los pliegos no dejan lugar a dudas sobre la inclusión de la exigencia, impuesta al contratista, tanto del convenio colectivo aplicable como de la obligación de subrogación –no puede considerarse la expresión "el convenio laboral aplicable es …" y "el adjudicatario asumirá las obligaciones de subrogación (…) en los términos que resulten del convenio de aplicación en el sector" como mera información-, extremos ambos que, como ya se ha indicado, son cuestiones propias del ámbito laboral y no de la contratación del sector público.

Por tanto, el órgano de contratación se ha extralimitado al incluir tal contenido en los pliegos, lo que conlleva que el recurso especial deba estimarse y, por tanto, suprimirse en aquellos la exigencia de la obligación de subrogación y la mención concreta al convenio colectivo estatal de seguridad, bastando con una mera referencia al convenio colectivo aplicable.»

El motivo debe, pues, estimarse.

Por cuanto se ha argumentado en el cuerpo de esta resolución, el recurso debe ser parcialmente estimado. En consecuencia, procede anular el contenido del PCAP en los aspectos cuya impugnación ha sido estimada por este Tribunal, lo que determina la anulación del propio pliego y demás actos del expediente relacionados con su aprobación, debiendo en su caso promoverse 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 telefónica en materia tributaria a los obligados tributarios, desde el centro de atención de llamadas del contratista, de conformidad con lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas", convocado por la Diputación Provincial de Almería (Expte. 2021/D22200/006-302/00006); y en consecuencia, anular los citados actos así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. 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.

NOTIFÍQUESE 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.