Recurso 269/2022
Resolución 410/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 11 de agosto 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 "Servicios para la prestación del servicio de control de accesos y usuarios de las dependencias de la delegación de área de familia, igualdad y participación ciudadana 2023-2024", (Expte. c-21/22), promovido por el Ayuntamiento de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de junio de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil. El 22 de junio de 2022 se publicó el citado anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea. El valor estimado del contrato asciende a 1.129.635,36 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 6 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INNOVA BPO, S.L.(en adelante, INNOVA), contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato arriba mencionado. En su escrito de recurso, la entidad recurrente solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

Mediante resolución de fecha 15 de julio de 2022 el Tribunal acordó denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente.

Con fecha 1 de agosto de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose

recibido en el plazo establecido las presentadas por la ASOCIACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD VERDIBLANCA. (en adelante la asociación interesada)

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, toda vez que el Ayuntamiento de Almería ha manifestado que no dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

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

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

Al respecto, este Tribunal entiende que el solo hecho de que las prestaciones que se licitan, o parte de ellas, se incluyan dentro del objeto social de la recurrente no es suficiente para justificar su legitimación, pues esta pasa por acreditar que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Así se ha manifestado este Tribunal en otras ocasiones, por ejemplo, en las Resoluciones 334/2019, de 18 de octubre, 388/2019, de 14 de noviembre y 57/2020, de 14 de febrero.

Además de lo anterior, la entidad INNOVA manifiesta que la actual redacción de los pliegos limita su acceso a la licitación en condiciones de igualdad, cuestión que se desarrolla en los argumentos contenidos en el recurso, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues precisamente las bases de aquella provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible

El objeto de la presente impugnación son los pliegos que rigen un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 de la LCSP establece en su apartado b) 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, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 19 de junio de 2022, día en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 6 de julio de 2022 en el registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a la anulación de las cláusulas que son objeto de denuncia en el cuerpo del recurso.

Afirma que la cláusula 1 del Anexo XII, del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y la cláusula 7.1.3 del informe técnico, en lo relativo a uno de los criterios valorables mediante juicio de valor, concretamente respecto al criterio denominado "Protocolo de trabajo", son contrarias a derecho al incumplir lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP y la recomendación recogida en la Guía de Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, "*ya que otorga ventaja a la actual prestataria del servicio pues dicha entidad es la única que puede conocer al detalle las características de cada servicio a prestar en cada una de las dependencias, pudiendo por tanto confeccionar la memoria técnica con una ventaja competitiva muy importante, obteniendo una mayor puntuación en dichos criterios".* Para reforzar su argumentación trae a colación parte de la Resolución 98/2020 de este Tribunal, así como de la Resolución 1247/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, aclara que atendiendo al contenido del recurso el mismo realmente tiene por objeto la cláusula 24 del Anexo I del PCAP y el Anexo XIV, aunque la recurrente erróneamente cite el apartado 1 del Anexo XII y la cláusula 7.1.3. del informe técnico. Puntualizado lo anterior, el informe señala que el objeto del contrato viene definido y detallado en el PPT y PCAP, y transcribe como prueba de lo afirmado el contenido del apartado 1 del Anexo I del PCAP, relativo al objeto del contrato, en el que se dispone lo siguiente: *«El objeto del contrato consiste en la realización de las siguientes prestaciones:*

1. Control de accesos de diferentes dependencias de la Delegación de Familia, Igualdad y Participación Ciudadana.

2. Atención de usuarios de diferentes dependencias de la Delegación de Familia, Igualdad y Participación Ciudadana", que demandan información y atención relativa a sus necesidades sociales, propiciando la derivación que corresponda hacia el profesional y/o actividades que se desarrollen en cada dependencia de la Delegación de Área mentada.

Es por ello, que la prestación de este servicio consistente en el control, atención, información y derivación de los usuarios de las diferentes dependencias que conforman la Delegación de Área de Familia, Igualdad y Participación Ciudadana, se llevará a cabo según el siguiente detalle:

- Centro de Servicios Sociales "Rambla Belén"……..2.112 horas Anuales.
- UTS Francisca Jiménez…….. 1.584 horas Anuales.
- Centro Servicios Sociales "Nueva Andalucía"……..1.584 horas Anuales.
- Centro Servicios Sociales "Ciudad Jardín- Levante"……...1.584 horas Anuales.
- Centro Social Pescadería……..……2.112 horas Anuales.
- Centro Municipal de Acogida……..…….. 3.480 horas Anuales.
- Espacio Alma……..3.936 horas Anuales.
- Centro Integración Social "Los Almendros"……..……...5.900 horas Anuales.
- Centros Vecinales y Mayores……..4.000 horas Anuales
El total de horas a prestar en el período comprendido entre el 1 de enero de 2023 y el 31 de diciembre de 2024 asciende a: 52.584 horas (26.292 horas/año).

Recursos humanos:

La entidad adjudicataria pondrá a disposición del contrato los recursos humanos necesarios para el correcto desarrollo de los servicios objeto de este contrato, siendo de su competencia la relación jurídico laboral con dicho personal (sin que en ningún momento surja ningún tipo de relación laboral entre éstos y el Excmo. Ayuntamiento de Almería), así como las sustituciones de personal que pudieran ser necesarias para la correcta y adecuada prestación del servicio.

Las empresas deberán determinar los recursos humanos necesarios para dar cobertura a la totalidad de las horas de los servicios a prestar.

La entidad adjudicataria pondrá a disposición del contrato un Coordinador Técnico encargado de garantizar el correcto desarrollo de los servicios objeto de este contrato, siendo de su competencia la relación jurídico-laboral con dicho personal (sin que en ningún momento surja ningún tipo de relación laboral entre éstos y el Excmo. Ayuntamiento de Almería).

El personal que se contrate deberá contar con los requisitos de cualificación y experiencia en función de la categoría profesional requerida (controlador de accesos, atención de usuarios y coordinación técnica), y teniendo en cuenta que las personas usuarias en un alto porcentaje son personas en situación de vulnerabilidad social (exclusión social y/o riesgo de estarlo).

Sistema de coordinación, seguimiento y evaluación del servicio

La empresa adjudicataria deberá cumplir los protocolos de coordinación que establece el Ayuntamiento de Almería a fin de garantizar la calidad del servicio, la consecución de los objetivos marcados en el proyecto, así como el control y evaluación de todos los aspectos técnicos y administrativos relacionados con la gestión del servicio.

En este sentido, desde el Ayuntamiento se establecen dos niveles de coordinación:

1. Coordinación entre responsable municipal del contrato, jefatura de servicio de la Delegación del Área y responsable de la empresa. Esta coordinación está relacionada con el control y evaluación de todos los aspectos técnicos y administrativos relacionados con la gestión del servicio. Coordinación a petición del Ayuntamiento.

2. Coordinación entre responsable municipal del contrato y coordinador técnico del servicio (empresa), relacionada con la supervisión y seguimiento de la evolución del servicio.».

Tras lo expuesto concluye el órgano de contratación afirmando que: *«Por ello, todas las empresas licitadoras que reúnan los requisitos de solvencia técnica exigidos en el PCAP están en igualdad de condiciones para la elaboración del Protocolo de Trabajo que únicamente valora la forma de ejecución propuesta, dado que el contenido del servicio viene determinado en los PPT y PCAP, descritos anteriormente.*
(...)
consideramos que la cláusula 24 del Anexo I del PCAP y el Anexo XIV, relativos a los criterios de adjudicación cumplen con las exigencias legales contempladas en la normativa en materia de contratación pública, y responden objetivamente a las necesidades municipales.

El principio de igualdad de trato lo que exige, entre otras cosas, es que el órgano de contratación dé el mismo tratamiento a todos los licitadores y, por ello, los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP están plenamente vinculados al objeto del contrato, son proporcionales al mismo y está dirigidos a la necesidad de garantizar el buen fin de la contratación. Por todo ello la pretensión de la recurrente debe decaer.».

Cita como apoyo de su argumentación parte del contenido de la Resolución 145/2020 de este Tribunal,

3. Alegaciones de la entidad interesada.

La entidad interesada se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Consideraciones de este Tribunal.

El criterio de adjudicación cuya legalidad se cuestiona es el denominado “Protocolo de trabajo” que viene referido en distintos apartados del PCAP, así el escrito de interposición impugna expresamente la cláusula 1 del Anexo XII del PCAP, en la que se regula la documentación técnica a incluir en la proposición en los siguientes términos:
“1- DOCUMENTACIÓN TÉCNICA:
La documentación técnica a incluir en este sobre será la siguiente:
Deberá de incluir los siguientes aspectos siguiendo estrictamente el orden de los apartados que a continuación se detallan y que comprenden los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor en el apartado de documentación técnica:
• Memoria descriptiva suscrita por el representante legal de la empresa licitadora donde quede explicitado:
a) Puesta a disposición del contrato del máximo de medios humanos disponibles en todo momento ante cualquier eventualidad y/o necesidad que pudiera surgir durante la ejecución del contrato

b) Descripción de Protocolo de trabajo que recoja de forma exhaustiva cada una de las características que comprende cada servicio a prestar, así como la adopción de medidas propuestas para su ejecución ante incidencias y/o eventualidades que pudieran surgir durante la ejecución del contrato.
c) Descripción de las medidas que se adoptarán tendentes a garantizar el cumplimiento de los servicios solicitados, especificando los indicadores que permitan medir el grado de cumplimiento de los mismos durante la ejecución del contrato".

Igualmente el recurso solicita la anulación de la que denominada cláusula 7.1.3. del informe técnico relativa a los criterios cualitativos subjetivos y entre los que se refiere al protocolo del trabajo. En efecto y como afirma el informe del órgano de contratación el citado apartado del informe técnico coincide con el contenido del Anexo XIV del PCAP, que regula los criterios que se tendrán en consideración para la adjudicación del contrato. En concreto y dentro de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, en el apartado 1.2.2, el citado Anexo XIV del PCAP, establece.

"2.- Protocolo de trabajo (hasta un máximo de 10 puntos).
Se otorgarán 10 puntos al licitador que describa un protocolo de trabajo donde queden recogidas de forma exhaustiva cada una de las características que comprende cada servicio a prestar, en función de la dependencia concreta de la Delegación de Área de Familia, Igualdad y Participación Ciudadana donde se preste el servicio, a saber: Centro de Servicios Sociales "Rambla Belén", Centro de Servicios Sociales "Nueva Andalucía", Unidad de Trabajo Social "Francisca Jiménez", Centro de Servicios Sociales "Ciudad Jardín-Levante", Centro Social Pescadería", Centro Municipal de Acogida, Espacio Alma, Centro de Integración Social "Los Almendros" y Centros Vecinales y Mayores". Igualmente deben quedar exhaustivamente descritas la adopción de medidas propuestas para su ejecución ante incidencias y/o eventualidades que pudieran surgir en cada una de las dependencias relacionadas, valorándose de forma proporcional la propuesta de una menor descripción de las características que comprenden los servicios a prestar y adopción de medidas en las diferentes dependencias mentadas. Se otorgarán 0 puntos al licitador que oferte una propuesta de protocolo que describa características de los servicios a prestar y adopción de medidas de las dependencias de la Delegación de Área de Familia, igualdad y participación Ciudadana relacionadas por debajo del 50% de las necesidades del mentado contrato".

Pues bien, una vez conocido el contenido de los pliegos procede al análisis de los argumentos del presente recurso, que como se ha expuesto, denuncian que el criterio "Protocolo de trabajo" otorga ventaja a la actual prestataria del servicio.

En este sentido, ha de indicarse como ya se hizo en las Resoluciones 98/2020, de 12 mayo y 207/2020, de 18 de junio, de este Tribunal, que en cualquier licitación, fundamentalmente en las relativas a contratos de servicios, es inevitable que la anterior persona contratista se encuentre en una posición más favorable al resto en lo que se refiere al conocimiento del servicio o de las instalaciones, pero siendo ello una realidad incuestionable fruto de la experiencia adquirida durante la ejecución del contrato, no tiene que suponer información privilegiada contraria al principio de igualdad ni una circunstancia determinante de la adjudicación.

En estos supuestos, el órgano de contratación actuará correctamente redactando unos pliegos que recojan de modo claro y preciso las características del contrato, las necesidades que ha de satisfacer y la condiciones en que es precisa su ejecución, facilitando a todas las licitadoras la misma información y/o proporcionando acceso a sus instalaciones para que cualquier persona empresaria interesada pueda conocer todos los detalles de la nueva contratación.

Ahora bien, la citada doctrina se refiere a ventajas que resultan inevitables y que no son propiciadas por los pliegos o por el órgano de contratación, pero no es esto lo que ocurre en la licitación examinada donde esa "ventaja de facto" de la que goza la actual contratista se ve potenciada e incrementada con la redacción dada al criterio impugnado, donde se valora con hasta diez puntos sobre cien el conocimiento del contenido del servicio, a través de la elaboración de un protocolo "*donde queden recogido de forma exhaustiva cada una de las características que comprenda cada servicio a prestar en función de la dependencia concreta de la Delegación de Área de Familia, Igualdad y Participación Ciudadana donde se preste el servicio.*" Agravado además por el amplio margen de discrecionalidad otorgado al órgano de contratación en la valoración del criterio y en el que se prevé incluso otorgar cero puntos a aquellas ofertas que no alcancen un umbral de al menos el cincuenta por ciento de la puntuación máxima asignada al criterio, esto es que obtengan una puntuación inferior a cinco puntos.

Cabe subrayar que analizada la documentación que se ha puesto a disposición de los licitadores en el perfil del contratante, integrada por PCAP, pliego de prescripciones técnicas (PPT), acuerdo de aprobación expediente, informe técnico de características e informe técnico de necesidades, se ha comprobado que el contenido de dichos documentos no aportan más información sobre las características del contrato y las necesidades que ha de satisfacer, que las referidas en el citado apartado 1 del Anexo I del PCAP sobre el objeto del contrato y que reproduce el órgano de contratación en su informe. No obrando ninguna otra documentación como manuales, organigrama, protocolos, reglamentos o cualquiera otra, que hubiese permitido a los licitadores conocer las características del contrato con el grado de detalle que se exige en el pliego para la valoración de este criterio.

Al respecto, como se ha expuesto, el artículo 40 b) de la LCSP considera anulables todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

Asimismo, y a mayor abundamiento, supone un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 145.5.b) de la LCSP, según el cual los criterios de adjudicación *"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"*

Por tanto, debe estimarse la pretensión de la recurrente en los concretos términos en que se formula, anulando la redacción dada al criterio "Protocolo de trabajo", al tratarse de un criterio discriminatorio por cuanto beneficia y otorga ventaja al actual prestador del servicio, vulnerando el principio de igualdad.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

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

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA BPO, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado "Servicios para la prestación del servicio de control de accesos y usuarios de las dependencias de la delegación de área de familia, igualdad y participación ciudadana 2023-2024", (Expte. c-21/22), promovido por el Ayuntamiento de Almería y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

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.