

Recurso 23/2017**Resolución 50/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 15 de marzo de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA BPO, S.L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Servicios profesionales para la operación del nivel 1 del Centro de Información y Servicios (CEIS) dependiente de la Consejería de Hacienda y Administración Pública”, convocado por la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A., adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Expte. 16-00210), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 21 de enero de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 17 de enero de 2017, el citado anuncio se publicó en perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 3.780.000 euros.

SEGUNDO. El 9 de febrero de 2017, la entidad INNOVA BPO, S.L. (en adelante, INNOVA) presentó en Correos -Sucursal de Málaga- escrito de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación del contrato citado. El mismo día, una copia del citado escrito de recurso fue remitida por correo electrónico a este Tribunal, recibándose el original en el Registro de este Órgano el día 13 de febrero de 2017.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 9 de febrero de 2017, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre la medida provisional de suspensión instada por la empresa recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones con el Tribunal.

La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 13 de febrero de 2017, a excepción del listado de licitadores que se recibió el pasado 2 de marzo de 2017.

CUARTO. El 17 de febrero de 2017, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. El 3 de marzo de 2017, la Secretaría el Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se haya recibido ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del



Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.

SEGUNDO. Hay que analizar si la recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP que dispone que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

En el informe al recurso, el órgano de contratación esgrime la posible falta de legitimación de la recurrente y funda este alegato en que, atendiendo al extenso objeto social de la empresa según consta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, los servicios objeto de la licitación no quedan aparentemente subsumidos en aquel, por lo que, si INNOVA no puede ser empresa licitadora ni contratista, difícilmente sus derechos e intereses legítimos pueden verse afectados por los pliegos reguladores de esta contratación.

Para solventar tal cuestión, hemos de partir del objeto del contrato descrito en el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante). Dicho objeto consiste en los servicios profesionales para la operación del Nivel 1 de la Unidad de Atención Telemática del Centro de Información y Servicios (CEIS, en adelante) dependiente de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. El citado Nivel es el encargado de prestar los servicios recogidos en la Cartera de Servicios del CEIS a través de los canales telemáticos (teléfono, envío por correo ordinario, formulario web, correo electrónico, fax y sms).



Asimismo, según la información obrante en el Registro Mercantil de Málaga -que se adjunta al escrito de recurso- el objeto social de INNOVA es, en efecto, muy amplio, abarcando, entre otras actividades, el asesoramiento técnico e informático, servicios de telefonía móvil y fija y su actuación como operador de redes, procesos de datos y atención telefónica para clientes. Por tanto, hemos de considerar que este objeto social permite desarrollar las actividades objeto del contrato en los términos previstos en el artículo 57.1 del TRLCSP *«Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios»*.

Es más, como tiene reconocido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -v.g. Resolución 148/2011, de 25 de mayo- y comparte este Tribunal, la Ley no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, debiendo interpretarse el precepto legal antes señalado en sentido amplio. Incluso aquel Tribunal -v.g. Resolución 58/2014, de 28 de enero- admite que la vinculación entre el objeto social de la empresa y algunas de las prestaciones del contrato pueda ser indirecta.

A la vista de lo anterior, procede concluir que la recurrente tiene legitimación para impugnar los pliegos en la medida que estos, como potencial empresa licitadora, pueden afectar a sus derechos e intereses legítimos. Y en nada influye para cuestionar su legitimación, la circunstancia de que no haya presentado oferta en el procedimiento, puesto que lo que pretende con el recurso es que se anule la licitación y se proceda a la redacción de unos nuevos pliegos por perjudicarle el contenido de los impugnados. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sec. 4^a, señala que, tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación, pero *“sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado.”*



A la vista de lo expuesto, debe reconocerse legitimación a INNOVA para la interposición del recurso especial.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse ahora la procedencia del recurso especial interpuesto.

En el recurso se impugnan los pliegos reguladores de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral comunitario y que pretende concertar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40, apartados 1 y 2 del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 apartado a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

Respecto al cómputo del plazo para recurrir, hemos de indicar que el mismo se inicia una vez completada la publicidad obligatoria de la licitación, lo que en el supuesto examinado tuvo lugar el 21 de enero de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, habiéndolo sido antes en el perfil de contratante donde, asimismo, se publicaron los pliegos impugnados. Quiere decirse, pues, que el plazo del recurso se inició el 22 de enero de 2017.

Por otro lado, el día de presentación del recurso fue el 9 de febrero de 2017, aun



cuando el escrito original tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 13 de febrero de 2017, toda vez que la recurrente hizo uso de la posibilidad concedida en el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, al presentar el recurso en una oficina de correos el 9 de febrero y remitir copia en formato electrónico al Tribunal ese mismo día.

Así las cosas, si el plazo de impugnación comenzó el 22 de enero de 2017 y el recurso se presentó el 9 de febrero de 2017, este se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

QUINTO. Examinados los requisitos de admisión del recurso, procede abordar los motivos en que el mismo se sustenta.

INNOVA solicita la anulación de los pliegos reguladores de la contratación, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su aprobación para que se lleven a cabo las anulaciones y/o modificaciones solicitadas respecto a su clausulado. Son tres los motivos de impugnación en que ampara el recurso, los cuales se irán exponiendo y analizando en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, INNOVA aduce que la cláusula 2.4.1 del PCAP recoge la posibilidad de que los licitadores acrediten el cumplimiento de los requisitos previos mediante la presentación de una declaración responsable que siga el formulario normalizado del Documento Europeo Único de la Contratación (DEUC, en adelante), y se remite a un Anexo I-A en el que se indicará si el licitador puede limitarse a cumplimentar la sección A de la parte IV del DEUC, o por el contrario, debe rellenar todas las secciones de esa parte del documento normalizado.

No obstante, señala la recurrente que, pese al tenor de aquella cláusula del pliego, el Anexo I-A no aparece incorporado al mismo, ni el Anexo I -suponiendo que la referencia fuese a este- responde a ninguna de las



indicaciones de aquella cláusula 2.4.1. Por ello, solicita la incorporación al PCAP de las referencias contenidas en la misma.

En el informe al recurso, el órgano de contratación argumenta, en síntesis, que la supuesta omisión en el PCAP no impide a la recurrente presentar oferta pues puede aportar la documentación requerida, la declaración responsable o el propio DEUC. También señala que no se le ha impedido el uso de este último documento, pues se ha facilitado a los licitadores una dirección electrónica para que puedan cumplimentar el DEUC e incorporarlo al sobre de documentación administrativa, razón por la que no se ha generado indefensión a la recurrente que pueda motivar la nulidad del pliego, máxime cuando ni siquiera menciona en el recurso de qué modo se le ha impedido el acceso a la licitación.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen del motivo expuesto.

La cláusula 2.4.1 del PCAP se refiere al Sobre nº1 *«Documentación acreditativa de los requisitos previos»* y, en lo que aquí interesa, señala que *«En los contratos sujetos a regulación armonizada, las personas licitadoras tendrán derecho a acreditar el cumplimiento de los requisitos previos de acceso, establecidos en la cláusula 2.4.1.1, mediante la presentación de una declaración responsable que siga el formulario normalizado del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) establecido por el Reglamento (UE) n.º 2016/7 (DOUE de 6/01/2016) accesible a través de la siguiente dirección <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espdl/filter?lang=es>. A estos efectos, en el BOE nº 85, de 8 de abril de 2016, se ha publicado Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública.*

En el anexo I-A, se indicará si el licitador puede limitarse a cumplimentar la sección A: Indicación global relativa a todos los criterios de adjudicación de la parte IV del DEUC; o, por el contrario, debe rellenar todas las secciones de la parte IV del DEUC.»



INNOVA sostiene que el mencionado Anexo I-A no existe en el PCAP pese a la mención que al mismo se hace en la cláusula transcrita, mientras que el órgano de contratación aduce que ello no ha generado indefensión a la recurrente que podía elegir entre presentar en el sobre nº1 la documentación acreditativa de los requisitos previos, una declaración responsable o el propio DEUC, cuyo formulario podía obtenerse a través de la dirección electrónica facilitada en el pliego.

Pues bien, para la resolución de la controversia hemos de partir del dato cierto y objetivo de que la cláusula 2.4.1 del PCAP se remite a un Anexo I-A para la cumplimentación del DEUC; anexo que después no se incorpora al pliego, lo que implícitamente reconoce el órgano de contratación si bien sostiene que ninguna indefensión ha originado tal omisión a la recurrente a la hora de poder presentar su oferta.

El DEUC, de conformidad con el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, constituye una declaración formal por la que el operador económico manifiesta que no se encuentra en ninguna de las situaciones en las que deba o pueda ser excluido y que cumple los criterios de selección pertinentes, así como, cuando proceda, las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con el fin de limitar el número de candidatos cualificados a los que se invite a participar. Su objetivo es reducir las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con la acreditación de la capacidad y solvencia.

A partir del 18 de abril de 2016 -fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva mencionada-, los órganos de contratación deberán aceptar el citado documento europeo como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos previos de acceso a la licitación, siendo su régimen jurídico, a partir de aquella fecha, el previsto en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE y en el Reglamento (UE) 2016/7, de 5 de enero de 2016, por el que se aprueba el formulario normalizado del reiterado documento.



Pues bien, conforme al Reglamento europeo mencionado, el DEUC consta de los siguientes partes y secciones:

-Parte I. Información sobre el procedimiento de contratación y el poder adjudicador o la entidad adjudicadora.

-Parte II. Información sobre el operador económico.

-Parte III. Criterios de exclusión subdivididos en cuatro apartados (A,B,C y D):

-Parte IV. Criterios de selección:

Sección A: Indicación global relativa a todos los criterios de selección.

A: Idoneidad.

B: Solvencia económica y financiera.

C: Capacidad técnica y profesional.

D: Sistemas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental.

-Parte V. Reducción del numero de candidatos cualificados.

-Parte VI. Declaraciones finales.

En la licitación examinada se observa que, con relación al DEUC, la cláusula 2.4.1 del PCAP se remite a un Anexo I-A en el que se indicará si el licitador, respecto a los criterios de selección de la parte IV del formulario (el PCAP por error alude a criterios de adjudicación en vez de a criterios de selección), puede limitarse a cumplimentar la sección A (Indicación global relativa a todos los criterios de selección), o por el contrario, debe rellenar todas las secciones de esa parte IV. Tal previsión del pliego no es sino aplicación de lo estipulado en el formulario del DEUC aprobado por el Reglamento europeo.

No obstante, como antes hemos señalado, el Anexo I-A no se acompaña al pliego, por lo que aquellos licitadores que hayan querido presentar el DEUC en el sobre nº1 se habrán encontrado con que desconocen como tienen que cumplimentar la parte IV del formulario. Por tanto, la omisión del Anexo no es baladí, generando, cuanto menos, duda y confusión a los licitadores acerca de la cumplimentación del DEUC en un aspecto tan esencial en la licitación como es la acreditación de la solvencia.



Es por ello, que no puede acogerse el alegato del órgano de contratación de que la supuesta omisión no impide la presentación de ofertas, pues si bien es cierto que, conforme al PCAP, los licitadores siempre podrían optar por presentar toda la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos en lugar de aportar el DEUC, lo cierto es que la omisión del Anexo I-A con sus correspondientes indicaciones y concreciones les está privando *de facto* de una posibilidad reconocida en la Directiva a los operadores económicos que, en este particular, es de aplicación directa en nuestro ordenamiento interno desde el 18 de abril de 2016.

Procede, pues, estimar este primer motivo del recurso, debiendo en el nuevo PCAP que, en su caso, se apruebe incorporar el Anexo I-A omitido con las indicaciones pertinentes para la cumplimentación del DEUC conforme al formulario aprobado por el Reglamento (UE) 2016/7, de 5 de enero de 2016. Asimismo, las referencias contenidas en la cláusula 24.1 del pliego a los “criterios de adjudicación” cuando alude a la parte IV del DEUC deben sustituirse por los “criterios de selección”, al ser este último concepto el utilizado en el formulario normalizado del documento.

SEXTO. En el segundo motivo del recurso, INNOVA alega la imposibilidad de cumplimiento simultáneo por los licitadores de lo dispuesto en los Anexos III-B y I del PCAP.

El Anexo III-B del PCAP establece en su apartado 2 los criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional del empresario y dice así:

«El equipo a acreditar es el siguiente:

a) Profesionales para la atención a la Ciudadanía (Líneas de Servicio con Información Específica).

Número de Recursos a acreditar: 3.

Titulación Universitaria: Licenciado, Máster, Diplomado o Graduado en alguna de la siguientes materias: Derecho, Económicas, Empresariales, Administración y Dirección de Empresas, Relaciones Laborales, Gestión y Administración Pública.



Se acreditará mediante copia del título oficial.

Experiencia: 3 años en Derecho Administrativo o Financiero y Tributario.

Demostrable mediante relación certificada de proyectos / actividades profesionales y tareas desempeñadas en los mismos donde hayan participado.

Conocimientos básicos sobre Administración Pública: demostrable mediante certificados de Cursos de Formación. Se exceptúan los recursos que cumplan la solvencia en el apartado de titulación en las ramas de Derecho, Relaciones Laborales o Gestión y Administración Pública.

b) Profesionales para la atención a la Ciudadanía (Línea de Servicio de Información General).

Número de Recursos a acreditar: 3.

Titulación: Las de a) o Técnico de Grado Superior en las ramas Administración y Gestión o Comercio y Marketing

Se acreditará mediante copia del título oficial

Experiencia: 3 años utilizando o informando sobre procedimientos Administrativos o trabajando en el ámbito de los derechos de los consumidores o trabando en actividades relacionas con la legislación de la vivienda.

Demostrable mediante relación certificada de proyectos / actividades profesionales y tareas desempeñada en los mismos donde hayan participado.

c) Profesionales de atención a Usuarios Internos:

Número de Recursos a acreditar: 2.

Titulación: Ingeniero, Ingeniero Técnico, Máster o Grado en alguna de las siguientes materias: Informática, Telecomunicaciones, Económicas, Empresariales, Matemáticas, Administración y Dirección de Empresas, Relaciones Laborales, o Técnico de Grado Superior o Medio en las ramas Administración y Gestión; o Comercio y Marketing; o Informática y Comunicaciones; o Electricidad y Electrónica.

Se acreditará mediante copia del título oficial

Experiencia acreditada: 4 años en el soporte de grandes aplicaciones de gestión empresarial (ERP), obligatorio en al menos un módulo de finanzas; o grandes sistemas de comercio electrónico.

Conocimientos Básicos de microinformática y comunicaciones de voz (fija y móvil) y comunicaciones de datos.

Manejo avanzado de herramientas ofimáticas (excel, access, BBDD,...)»

Por su parte, el Anexo I del PCAP, en el apartado relativo a “Información sobre



las condiciones laborales”, establece lo siguiente:

“En atención a la necesidad de mantener el conocimiento que actualmente ostentan los trabajadores que vienen prestando servicio para el contratista actual y de mantener los niveles de calidad necesarios, se establece como obligación derivada del presente pliego la de llevar a cabo la contratación, ex novo, de un porcentaje mínimo de los trabajadores afectos a dicho servicio.

Esta contratación se hará, conforme la normativa laboral que resulte de aplicación al contratista, atendiendo a los siguientes parámetros:

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.

2.- Contratar a los trabajadores que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios:

2.1.- El 90% de la nueva plantilla habrá de integrarse con trabajadores que estaban contratados en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubieran estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña.

2.2.- A los efectos de llevar a cabo la elección de los trabajadores, la misma se realizará mediante la aplicación de un baremo sobre los siguientes factores: 50% de tiempo de prestación de servicios en la campaña; 10% formación recibida durante la campaña y 40% selección.

En virtud de lo establecido en el art. 120 TRLCSP, y en relación a la información sobre condiciones laborales actuales que tienen los trabajadores que están afectos al servicio, en el ANEXO FINAL se incluyen los datos que el citado artículo establece como preceptivos para que los licitadores puedan preparar su oferta económica”. En tal sentido, se anexa un documento con la relación de personal adscrito al contrato de servicios vigente.

INNOVA alega que es imposible el cumplimiento simultáneo de lo establecido en ambos anexos. A su juicio, si el licitador presenta una relación de trabajadores para la prestación del servicio, los mismos no podrán incorporarse al mismo puesto en el que han de subrogarse las personas que actualmente lo están prestando. Además, señala que, si la contratación a realizar del personal es ex novo, se exige necesariamente la aceptación del trabajador, no teniendo aquí la nueva empresa ninguna alternativa. Finalmente, manifiesta que la



contratación ex novo es contraria a la figura de la subrogación a la que alude el artículo 120 del TRLCSP mencionado en el Anexo I del PCAP.

En el informe al recurso, el órgano de contratación alega que una cosa es acreditar la disposición de recursos profesionales suficientes y otra distinta y posterior, que no entra en conflicto con la solvencia, es la obligación del adjudicatario de intentar la contratación de un porcentaje determinado de los trabajadores que actualmente prestan el servicio.

A juicio del órgano de contratación, esta obligación es de medios pues no depende exclusivamente de la voluntad del adjudicatario, siendo esta la única interpretación que cabe extraer de la lectura del pliego. Y respecto a la contravención del artículo 120 del TRLCSP, señala que dicho precepto se menciona en el Anexo I del PCAP únicamente como fundamento, por analogía, de la obligación de facilitar información a los licitadores sobre las condiciones laborales de los trabajadores que vienen prestando el servicio, y ello en la medida que aquellos han de tomar en consideración los costes laborales de estos en la configuración de su oferta económica, ante el deber del adjudicatario de incorporar al contrato a una parte de dichos trabajadores.

Expuestas las alegaciones de las partes procede el examen del motivo expuesto con base al cual la recurrente solicita la anulación de los anexos señalados del PCAP y su sustitución por otros que no generen confusión, ni provoquen su incumplimiento al ser imposible el cumplimiento simultáneo de ambos.

Como ya hemos visto, el Anexo III-B del PCAP se refiere a los criterios de selección de la solvencia técnica o profesional del empresario, previendo la acreditación de un equipo con un número mínimo de 8 profesionales distribuidos a razón de 3 (atención a la ciudadanía en línea de servicio con información específica) 3 (atención a la ciudadanía en línea de servicio con información general) y 2 para atención a usuarios internos, con unas titulaciones, experiencia y conocimientos determinados especificados en el citado Anexo.



Asimismo, aun cuando el Anexo no lo mencione, el medio de acreditación de la solvencia escogido para fijar el criterio de selección expuesto ha de ser el previsto en el artículo 78.1 letra e) del TRLCSP *“las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato”*, debiendo tenerse en cuenta, igualmente, lo estipulado en el artículo 62.1 del mismo texto legal *“Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación(...)”*.

De los preceptos transcritos, como ya señalábamos en nuestra Resolución 103/2013, de 2 de agosto, se desprende que el licitador debe cumplir el requisito de solvencia técnica en el momento de participar en la licitación, como presupuesto necesario para ser admitido en el proceso selectivo.

Siendo ello así, en el supuesto examinado, los licitadores han de acreditar estar en disposición del personal mínimo exigido en el Anexo III-B en el momento de presentar su oferta, y ello con la peculiaridad de que, conforme a lo previsto en el artículo 78.1 letra e) del TRLCSP, ese personal será *“responsable de la ejecución del contrato”*, lo cual, por otro lado, resulta razonable para ambas partes: para el poder adjudicador porque se asegura que la prestación será desarrollada por un mínimo de personal con solvencia técnica acreditada y para el licitador porque adscribe al servicio a personas con garantías de solvencia y buena ejecución.

Y esta afirmación no es baladí si tenemos en cuenta la previsión contenida en el Anexo I del PCAP relativa a *“Información sobre las condiciones laborales”* donde se contempla, como obligación del adjudicatario, la contratación ex novo de trabajadores actualmente afectos al servicio que se pretende contratar. En concreto, se prevé que *“el 90% de la nueva plantilla habrá de integrarse con trabajadores que estaban contratados en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma y en principio siempre que hubieran estado prestando*



su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña”.

Esta obligación de contratación ex novo en el porcentaje expuesto de los trabajadores que prestan actualmente el servicio dificulta, si no imposibilita, la adscripción al contrato del personal propio de la adjudicataria, incluido obviamente el número mínimo de 8 personas con los perfiles concretos previstos en el Anexo III-B del PCAP.

Pero es que, además, el Anexo I se refiere a una contratación laboral ex novo por el adjudicatario de un alto porcentaje de trabajadores del actual contratista -hemos de entender que porque no opera la subrogación legal ni la convencional- y dicha contratación no está exenta de problemática, pues, para empezar, se encuentra condicionada a que los trabajadores de la actual adjudicataria acepten la misma, lo cual genera inseguridad en los licitadores, que desconocen a la hora de licitar si podrán cumplir con esta obligación del Anexo I.

A ello se une que es impropio de un pliego regulador de un contrato público de servicios, la imposición al adjudicatario de una obligación de índole estrictamente laboral, cuando no consta que opere la subrogación para el empresario entrante ni por ley ni por convenio colectivo. Y hasta tal punto es ajena a un pliego administrativo la obligación de contratación ex novo mencionada, que la Jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, aunque con referencia a la subrogación empresarial, vienen negando la posibilidad de establecerla en los pliegos.

En tal sentido, las Resoluciones 75/2013, de 14 de febrero y 969/2015, de 23 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señalan que *«la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos –Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo*



contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral” (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y “que forman parte del status del trabajador”, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social». Y también es este el criterio del Tribunal Supremo -en diversas sentencias de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, como las de 8 de junio de 2016, dictada en el recurso de casación 1602/2015 y la de 23 de enero de 2017, dictada en el recurso de casación 1874/2015- y el de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 14 de septiembre de 2016.

Esta posición mantenida respecto a la obligación de subrogación prevista en los pliegos sería igualmente aplicable a la pretendida contratación laboral ex novo contemplada en el PCAP impugnado, al tratarse en ambos casos de estipulaciones de los pliegos que imponen al contratista obligaciones con contenido netamente laboral de cuyo cumplimiento solo podría conocer la Jurisdicción Social y que repercuten en terceros ajenos al vínculo contractual -los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria- quienes no vienen obligados a aceptar aquellas cláusulas, ni tienen por qué consentir una contratación laboral futura.

Asimismo, aun cuando el Anexo I del PCAP justifica la contratación laboral ex novo en la necesidad de mantener niveles de calidad adecuados y el conocimiento que actualmente ostentan los trabajadores que vienen prestando el servicio, la consecución de tal objetivo puede conseguirse a través de la exigencia de unos niveles de solvencia técnica determinados en los pliegos e incluso con criterios de adjudicación que ponderen adecuadamente los niveles de calidad en la prestación del servicio a contratar, no siendo imprescindible el mecanismo de la contratación laboral del personal de la actual adjudicataria para garantizar la adecuada ejecución del contrato objeto de esta licitación.



Por cuanto se ha expuesto, debe estimarse este motivo del recurso en cuanto a la dificultad y práctica imposibilidad que entraña, de un lado, el cumplimiento del criterio de solvencia técnica exigido en el Anexo III-B -en cuanto al número mínimo de recursos humanos que deben integrar el equipo empresarial- y de otro, el cumplimiento de la obligación de contratación laboral ex novo de un porcentaje mínimo de trabajadores de la anterior contratista a que alude el Anexo I.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que INNOVA solicita la anulación de ambos anexos, sustentando su pretensión en la confusión que genera la aplicación de ambos en su conjunto y en la imposibilidad de que un licitador pueda cumplir el contenido de los dos. Es decir, no esgrime infracción legal de cada anexo por separado, al menos, no lo ha hecho respecto del Anexo III-B, razón por la que este Tribunal no ha entrado a analizar la adecuación a derecho del criterio de solvencia técnica previsto en el citado anexo, ni puede por tanto proceder a su anulación, sin perjuicio de que en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben, el órgano de contratación opte por mantener o modificar su actual contenido.

En cambio, sí hemos analizado la obligación de contratación laboral ex novo prevista en el apartado “información sobre las condiciones laborales” del Anexo I y lo hemos hecho en la medida que la recurrente pone de manifiesto la dificultad de cumplimiento que aquella obligación entraña para los licitadores, en especial para el que resulte adjudicatario, al extender sus efectos a trabajadores ajenos al vínculo contractual generado entre el poder adjudicador y el contratista.

Y como quiera que hemos considerado inadecuado ese apartado del Anexo I del PCAP por las razones expuestas en este fundamento, el mismo sí debe ser anulado, de modo que en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben no deberá incorporarse tal obligación de índole laboral.



SÉPTIMO. En el tercer y último motivo del recurso, INNOVA impugna los apartados 4.4.4 y 2.6, ambos del PPT que prevén penalizaciones en determinados supuestos de rotación del personal. A juicio de la recurrente, no pueden imponerse penalidades en estos casos pues es una opción libre del trabajador continuar su relación laboral con el adjudicatario, de modo que no caben las penalidades si las causas no son imputables al contratista.

En el informe al recurso, el órgano de contratación entiende ajustadas a derecho las penalidades y las considera proporcionales al perjuicio que para la entidad contratante supondrían los casos de rotación sancionados, teniendo en cuenta que la adecuada prestación del servicio exige una formación continua muy alta y que una excesiva rotación del personal tiene relevancia muy significativa en los costes de funcionamiento de un centro de atención. Asimismo, sostiene que, en orden a las penalidades, los pliegos prevén la sustanciación de un procedimiento contradictorio, por lo que no se produce indefensión para el contratista.

Pues bien, el apartado 2.6 del pliego de prescripciones técnicas (PPT, en adelante), bajo el título “Rotación del personal”, dispone que *«Los posibles inconvenientes de adaptación al entorno de trabajo y al proyecto debido a las sustituciones de personal, deberán ser subsanados mediante periodos de solapamiento de personal sin coste alguno para el servicio durante el tiempo que SANDETEL considere necesario.*

Será causa de sanción e incluso de resolución de contrato, la detección de una excesiva rotación de personal. Se considera excesiva una rotación superior a 20% anual, o 15% mensual.»

Asimismo, el apartado 4.4.4 del mismo pliego prevé que *«Cuando a lo largo de un mes natural se produzca una rotación de personal mayor del 15%, por cada 1% adicional sobre el porcentaje máximo establecido, se penalizará con el 2% de la facturación mensual correspondiente hasta un máximo del 10% de penalización.*

De igual forma, cuando a lo largo de un año natural se produzca una rotación de personal mayor del 20%, por cada 1% adicional sobre el porcentaje máximo establecido, se penalizará con el 2% de la facturación anual correspondiente hasta un



máximo del 10% de penalización.»

Así pues, las penalidades previstas en las cláusulas del PPT impugnadas se aplican a lo que el citado pliego considera una “excesiva rotación de personal” -por encima del 20% anual o del 15% mensual-. Es por ello que debemos analizar si la citada rotación encaja en los supuestos legales de penalidades que regula el artículo 212 del TRLCSP, los cuales se refieren a la ejecución defectuosa y a la demora.

Como quiera que la rotación de personal no es un supuesto de demora en la ejecución de la prestación, hemos de analizar si constituye un caso de ejecución defectuosa de la misma. En tal sentido, el artículo 212.1 del TRLCSP establece que *«Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 64.2 y 118.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato».*

La primera conclusión que se extrae de la lectura del precepto es que se exige la producción de un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso de la prestación, con independencia de la causa que lo determine, para la aplicación de la penalidad. Es por ello que el hecho en sí mismo de la rotación de personal, si no lleva aparejada un cumplimiento incorrecto de la prestación, no puede determinar la imposición de sanción.

Asimismo, la recurrente alega que no pueden imponerse las penalidades por rotación de personal sin especificar que la misma ha de ser imputable al adjudicatario. Es decir, para INNOVA la ilegalidad de las cláusulas del PPT reside en no preverse en las mismas que la rotación debe ser por causas imputables al contratista.



Pues bien, el artículo 212 del TRLCSP no recoge expresamente el concepto de imputabilidad más que para la demora del contratista en el cumplimiento del plazo total o parcial del contrato, si bien hemos de concluir que lo determinante para la aplicación de la penalidad por ejecución defectuosa será que ese cumplimiento defectuoso se haya producido y que la causa que lo determine obedezca a acontecimientos que no estén fuera de la esfera de control del contratista, pues como señala el artículo 1105 del Código Civil “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables*”.

Es por ello que las cláusulas impugnadas incurren en ilegalidad y deben ser anuladas, no porque omitan la referencia expresa a la imputabilidad del contratista pues siempre operaría la previsión del precepto del Código Civil señalado, sino en la medida que prevén la rotación de personal a partir de determinados porcentajes como un hecho en sí mismo sujeto a penalización, cuando solo podrá serlo en la medida que lleve aparejado una ejecución defectuosa de la prestación. Por tanto, en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben, solo podrá preverse la penalidad por rotación de personal cuando la misma derive en un cumplimiento defectuoso descrito en los mismos.

Por todo 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 la licitación del contrato denominado “Servicios profesionales para la operación del nivel 1 del Centro de Información y Servicios (CEIS) dependiente de la Consejería de Hacienda y Administración Pública”, convocado por la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A., adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Expte. 16-00210), y en consecuencia, anular los



citados pliegos y la licitación promovida, debiendo procederse en los términos expuestos en los fundamentos de derecho quinto, sexto y séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en Resolución de 17 de febrero de 2017.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

