

Recurso 271/2017**Resolución 269/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA BPO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicios externalizados de atención telefónica» (Expte. 8/2017), convocado por el Patronato de Recaudación Provincial de Málaga, adscrito a la Diputación Provincia de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 13 de octubre de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicha licitación fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 259 de 27 de octubre de 2017.



El valor estimado del contrato asciende a 1.382.040,00 euros, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento no se encontraba la entidad ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 21 de noviembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad INNOVA BPO, S.L. (en adelante INNOVA) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT) que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. Dicho escrito de recurso fue remitido a través de la oficina de Correos número 18 de Málaga donde tuvo entrada el 18 de noviembre de 2017, día en el que fue enviada a este Órgano copia del mismo mediante correo electrónico.

CUARTO. Por la Secretaría de este Tribunal, el 20 de noviembre de 2017, se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita informe sobre el mismo, el expediente de contratación, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada dicha documentación el 22 de noviembre de 2017.

QUINTO. Según información facilitada por el órgano de contratación el 20 de



noviembre de 2017 finalizó el plazo de presentación de ofertas, no habiéndose presentado ninguna entidad licitadora en el mencionado plazo.

SEXTO. Mediante Resolución, de 27 de noviembre de 2017, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por un ente instrumental de la Diputación Provincial de Málaga, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 17 de diciembre de 2012 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Málaga, al amparo del citado artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. 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, dado que la misma, según la



documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece 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.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus Resoluciones (7/2016, de 20 de enero, 77/2016, de 21 de abril, 31/2017, de 9 de febrero, 104/2017, de 19 de mayo y 145/2017, de 14 de julio, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la



licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadoras, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia.

Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de los apartados 1.a) y 2.a) del artículo 40 del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 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.”



En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 27 de octubre de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido anteriormente en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de recurso en Correos el 18 de noviembre de 2017, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 18 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el mismo se habría interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativa particulares y el de prescripciones técnicas, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde su anulación en los términos expuestos en el cuerpo del escrito de interposición, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su aprobación.

Funda su pretensión la recurrente en una serie de alegatos relativos a la solvencia exigida así como a determinados criterios de adjudicación del contrato previstos en los pliegos, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

SEXTO. En el primero de los motivos del recurso la recurrente denuncia que los requisitos establecidos en el anexo 2.1 del PCAP para la solvencia económica



y financiera, en concreto el relativo a la aportación de un justificante de la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, no ha lugar al no resultar apropiado conforme al artículo 75.1 del TRLCSP, pues el servicio licitado se corresponde con una actividad netamente empresarial.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso nada alega respecto a este primer motivo del recurso.

Pues bien, al respecto, el anexo 2.1 del PCAP “medios de acreditación de solvencia económica y financiera” dispone que:

«Deberá acreditarse por los medios siguientes:

- 1. Volumen anual de negocios (...).*
- 2. Justificante de la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, vigente hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, por importe no inferior a 1.382.040 € (valor estimado del contrato), así como aportar el compromiso de su renovación o prórroga que garantice el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato. Este requisito se entenderá cumplido por el licitador o candidato que incluya en su oferta un compromiso vinculante de suscripción, en caso de resultar adjudicatario, del seguro exigido, compromiso que deberá hacer efectivo dentro del plazo de diez días hábiles al que se refiere el apartado 2 del artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.*

La acreditación de este requisito se efectuará por medio de certificado expedido por el asegurador, en el que consten los importes y riesgos asegurados y la fecha de vencimiento del seguro, y mediante el documento de compromiso vinculante de suscripción, prórroga o renovación del seguro, en los casos en que proceda.»

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, aún 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 (...).”

En el supuesto examinado, conforme al PPT los servicios objeto de licitación no tienen carácter profesional, revistiendo las notas propias de una actividad empresarial, por lo que no resulta conforme a las disposiciones legales vigentes la exigencia de la efectiva disposición de un seguro de responsabilidad civil como medio para acreditar la solvencia económica y financiera de las entidades licitadores.

En este sentido, el presente supuesto no se trataría de uno de los “*casos en que resulte apropiado*” acreditar la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, a que alude el artículo 75.1.b) TRLCSP y que se ha concretado recientemente en el artículo 11.4 del RGLCAP, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

Procede, pues, estimar este primer alegato del recurso, debiendo anularse en el presente contrato la exigencia de acreditar la solvencia económica y financiera con la justificación de disponer de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.



SÉPTIMO. En el segundo de los motivos del recurso la recurrente denuncia determinados requisitos establecidos en el anexo 2.2 del PCAP para la solvencia técnica.

Con carácter previo, por razones metodológicas y con objeto de centrar los términos de la controversia, procede reproducir el citado Anexo 2.2 del PCAP, relativo a los “medios de acreditación de solvencia técnica”. Su tenor es el siguiente:

«Deberá acreditarse por los medios siguientes:

1. Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos.

La acreditación de este medio de solvencia se efectuará si la empresa cumple con los criterios que se señalan:

- Los servicios o trabajos efectuados en los 3 últimos ejercicios se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente, donde debe figurar que dichos servicios son similares, tanto en volumen como por el objeto de los mismos.*
- El licitador debe tener en activo al menos una plataforma de atención de llamadas que venga prestando servicios con fecha anterior a 31 de diciembre de 2014.*
- Acreditación de experiencia en servicios de atención telefónica en materia de recaudación y gestión tributaria local, con un volumen mínimo anual del 30% al indicado en este concurso. Se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.*
- Que en su curva de actividad acredite que viene recibiendo regularmente 3.000 llamadas en el día de mayor actividad de la semana en el centro de trabajo desde el*



que propone prestar el servicio. Se acreditará mediante informes donde figuren todos los datos del servicio y se totalicen por día.

2. Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad.

Se acreditará con los medios siguientes:

- El Centro de Trabajo desde el que se propone prestar el servicio debe contar con un número mínimo de 50 puestos para el conjunto de sus clientes.*
- Debe tener capacidad para prestar servicios al menos durante 16 horas todos los días del año. Se acreditará mediante declaración del empresario al respecto.*

3. Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.

- Acreditación de experiencia, de al menos el 70% de la plantilla de agentes destinados a prestar el servicio, en atención telefónica en materia de recaudación y gestión tributaria local, con un mínimo de 1 año. Se acreditará igualmente que el 100% de los supervisores tiene una experiencia de 1 año en servicios de atención telefónica en materia de recaudación y gestión tributaria local. Se acreditará mediante declaración del empresario al respecto.»*

De los tres medios de acreditación de la solvencia técnica que se exigen en el anexo 2.1 del PCAP de forma acumulativa, la recurrente denuncia dos de ellos el primero y el tercero.

A) Respecto del primero de los medios exigidos para acreditar la solvencia técnica -apartado 1- *“Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos”*, la recurrente solicita la anulación de los subapartados 2 a 4, al entender que dichas exigencias exceden de las previsiones legales vigentes, limitan gravemente la libre concurrencia y generan discriminación, pues dichas exigencias no serán de obligado cumplimiento para aquellas



entidades licitadoras que dispongan del certificado de clasificación descrito en el anexo 2.3 del PCAP.

- El subapartado 2 (plataforma en activo), a su juicio, no tiene relación alguna con el medio exigido, no está contemplado entre los medios exigidos de justificación de la solvencia técnica legalmente establecidos y el cumplimiento del mismo no aporta ninguna garantía respecto de la solvencia a determinar.

En este alegato, la recurrente plantea tres cuestiones. En la primera de ellas se le ha de dar la razón pues dicho subapartado 2 (plataforma en activo) no tiene relación alguna con el medio exigido en el apartado 1 -una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos- como requiere el PCAP cuando dispone que la acreditación de este medio de solvencia se efectuará si la empresa cumple con los criterios que se señalan.

En relación con las otras dos cuestiones planteadas por la recurrente: i) el que no está contemplado entre los medios exigidos de justificación de la solvencia técnica legalmente establecidos y ii) el que el cumplimiento del mismo no aporta ninguna garantía respecto de la solvencia a determinar; ha de darse la razón al órgano de contratación cuando afirma que sí está contemplado entre los medios de acreditar la solvencia técnica, en concreto en el artículo 78.1.c) “*Descripción de las instalaciones técnicas (...)*”, y que en cuanto al hecho de que aporte garantía respecto de la solvencia, señala el informe al recurso que una de las medidas para asegurar la experiencia y fiabilidad de la potencial adjudicataria, es precisamente que la plataforma desde donde se va a realizar el servicio tenga una determinada antigüedad, identificando antigüedad con experiencia, de ahí que se solicite la descripción de un apartado en concreto de las instalaciones técnicas, como es la antigüedad de las mismas.

- El subapartado 4 (curvas de actividad), a su entender, no tiene relación alguna con los servicios realizados, pues los mismos han de acreditarse en función del



volumen y naturaleza de los mismos, sin entrar en ningún tipo de cuestión técnica.

Al respecto, en relación al medio que se exige, el artículo 67.7.b).3º del RGLCAP dispone que en lo que aquí interesa *“En los pliegos se especificará el importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado durante el año de mayor ejecución del periodo citado, en servicios de igual o similar naturaleza que constituyen el objeto del contrato”*. En este sentido, ha de darse la razón a la recurrente, dado que el subapartado 4 objeto de controversia ha exigido más de lo que le permite la mencionada normativa, que no es más que establecer el importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado durante el año de mayor ejecución del periodo citado, en servicios de igual o similar naturaleza que constituyen el objeto del contrato.

- Los subapartados 1 y 3, a juicio de la recurrente, presentan una flagrante discrepancia; así el subapartado 1 dispone que *“debe figurar que dichos servicios son similares, tanto en volumen como por el objeto de los mismos”*, sin embargo el subapartado 3 recoge que la *“acreditación de experiencia en servicios de atención telefónica en materia de recaudación y gestión tributaria local”*. De esta forma, a su entender, los pliegos, en contra de lo establecido en la normativa de contratación vigente, establecen restricciones -ejecución de servicios con Administraciones Públicas y de carácter tributario- en la justificación de las condiciones de solvencia.

Pues bien, respecto al alegato de que se exija la ejecución de servicios con Administraciones Públicas, se ha de estar a lo señalado por el órgano de contratación en su informe al recurso cuando manifiesta que en ningún caso se exige en la justificación de las condiciones de solvencia que se hayan realizado trabajos previos similares con la Administración Pública en exclusiva. En ese sentido, en ambos subapartados -1 y 3- se permite que los servicios o trabajos efectuados puedan haberse realizado para un sujeto privado, y no necesariamente para una entidad del sector público.



En cuanto al alegato de la recurrente de que se exija la ejecución de servicios de carácter tributario, no se le puede en este caso dar la razón. En este sentido, se ha de acudir de nuevo al artículo 67.7.b).3º del RGLCAP, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, que dispone en lo que aquí interesa que *“En los pliegos se especificará el importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado durante el año de mayor ejecución del periodo citado, en servicios de igual o similar naturaleza que constituyen el objeto del contrato”*, permitiendo que se puedan exigir servicios de igual naturaleza al que constituye el objeto del contrato, estableciendo dicho artículo a continuación el criterio de correspondencia entre los servicios ejecutados por el empresario y los que constituyen el objeto del contrato.

Por último, denuncia la recurrente que determinadas exigencias previstas en el anexo 2.2 del PCAP, no serán de obligado cumplimiento para aquellas entidades licitadoras que dispongan del certificado de clasificación descrito en el anexo 2.3 del PCAP. En este sentido, dicha posibilidad de acreditar la solvencia en los contratos de servicios mediante la clasificación en el grupo o subgrupo correspondiente, se prevé en el artículo 65.1.b) del TRLCSP, siempre que se cumplan las exigencias en él establecidas, por lo que ningún reproche ha de objetarse a tal previsión del PCAP prevista en su anexo 2.3.

B) Respecto del tercero de los medios exigidos para acreditar la solvencia técnica -apartado 3- *“Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.*

Acreditación de experiencia, de al menos el 70% de la plantilla de agentes destinados a prestar el servicio, en atención telefónica en materia de recaudación y gestión tributaria local, con un mínimo de 1 año. Se acreditará igualmente que el 100% de los supervisores tiene una experiencia de 1 año en servicios de atención telefónica en materia de recaudación y gestión tributaria local. Se acreditará mediante declaración del empresario al respecto.”. La recurrente solicita la anulación de dicho apartado 3 de las condiciones para la justificación de la solvencia, pues las



mismas exceden de las previsiones legales vigentes, limita gravemente la libre concurrencia y genera discriminación.

Al respecto, afirma la recurrente que la exigencia de acreditar la experiencia en servicios idénticos para una gran parte del personal que ha de realizar el servicio es contraria a la ley y discriminatoria. Asimismo, señala que la misma excede de la experiencia que puede ser exigida a la entidad licitadora y que la normativa actual establece en servicios de similar naturaleza a la del objeto del contrato.

Por último, indica que la exigencia de una experiencia para un grupo de personas no está directa y claramente vinculada al objeto del contrato, siendo además desproporcionado con respecto a él, y alterando con ello los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación.

Pues bien, el medio exigido en el apartado 3 del anexo 2.2 del PCAP coincide con uno de los medios que figuran en el elenco del artículo 78.1 del TRLCSP, en concreto en su apartado g). En este sentido, y para completar la regulación del citado medio de acreditar la solvencia técnica, se ha de acudir nuevamente al artículo 67.7.b).3º del RGLCAP, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, que dispone en lo que aquí interesa que *“En los pliegos se especificarán los valores mínimos exigidos de los mismos.”*

En definitiva, según la citada normativa, se puede exigir como medio para acreditar la solvencia técnica en los contratos de servicios, una declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente, debiendo especificarse en los pliegos los valores mínimos exigidos de los mismos.

De lo anterior se infiere que se podrá exigir un número mínimo anual de trabajadores de la empresa durante los últimos tres años, así como la importancia que ha de tener el personal directivo de la misma en ese periodo de



tiempo. En efecto, el medio se refiere a características de la empresa en los tres últimos años, relativas tanto a la plantilla media anual como a la importancia de sus directivos.

Sin embargo, en el PCAP -apartado 3 del anexo 2.2- se exige la acreditación de determinada experiencia de un porcentaje de las personas que van a ejecutar la prestación, esto es, no se trata de acreditar determinadas características de la empresa en los tres últimos años, relativas tanto a la plantilla media anual como a la importancia de sus directivos, como exige el medio en cuestión de acreditación de la solvencia técnica -artículo 78.1.g) del TRLCSP-, sino de acreditar determinadas características de las personas que van a ejecutar la prestación, por lo que ha de darse la razón a la recurrente cuando denuncia que las condiciones para la justificación de la solvencia en este apartado exceden de las previsiones legales vigentes.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas anteriormente, procede estimar parcialmente este segundo motivo del recurso, debiendo anularse, dentro del apartado 1 del anexo 2.2 del PCAP, los subapartados 2 y 4 en el sentido expuesto en epígrafe A) del presente fundamento de derecho, asimismo debe anularse, el apartado 3 del mencionado anexo 2.2 del citado pliego, conforme se ha expuesto en el epígrafe B) anterior.

OCTAVO. En el tercero de los motivos del recurso la recurrente denuncia la exigencia en el anexo 2.4 del PCAP del certificado de gestión medioambiental ISO 14001.

Afirma que teniendo en cuenta que el objeto de la licitación es la contratación del “servicio externalizado de atención telefónica”, la exigencia de disponer de un sistema de gestión medioambiental de acuerdo a la norma ISO 14001, no guarda relación con el objeto del contrato, toda vez que el cumplimiento de normas medioambientales no es una exigencia del mismo.



Concluye INNOVA que la exigencia de disponer de un sistema de gestión medioambiental de acuerdo a la norma ISO 14001 es contraria a la normativa vigente, por lo que solicita su anulación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que teniendo en cuenta el objeto del contrato y las especiales características de la prestación del servicio, la forma en que se ha desempeñar el mismo y las condiciones en las que lo ha de llevar a cabo el personal que ha de prestarlo, todo ello de conformidad con lo establecido en el PPT, es adecuado exigir a los licitadores el cumplimiento de normas de gestión medioambiental conforme al artículo 81 del TRLCSP, el cual no pone ningún límite al órgano de contratación a la hora de exigir este requisito salvo el que se haga en los procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada.

Procede pues analizar la posibilidad de exigencia del mencionado certificado de gestión medioambiental en el presente expediente de contratación.

La cuestión relativa a la exigencia de la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental queda regulada en el artículo 81 del TRLCSP, donde se establece que *“1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, los órganos de contratación podrán exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental. Con tal finalidad se podrán remitir al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación.*

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios”.



De lo anterior se desprende que efectivamente, en aquellos contratos sujetos a regulación armonizada e independientemente del tipo contractual ante el que nos encontremos, los órganos de contratación podrán exigir la presentación de certificados acreditativos del cumplimiento de determinadas normas de gestión medioambiental basados en normas europeas o internacionales en la materia, teniendo que reconocer igualmente certificados equivalentes que puedan presentar los empresarios.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el artículo 62.2. del TRLCSP exige que los requisitos de solvencia que se deba exigir al empresario tienen que estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

En el presente supuesto, el objeto del contrato “servicio externalizado de atención telefónica” queda comprendido dentro del CPV: 79512000 al que le corresponde la denominación “*Centro de llamadas*”. En este sentido, dentro del PPT no existe referencia alguna que justifique la exigencia por las entidades licitadoras del cumplimiento de normas de gestión medioambiental.

Procede, pues, la estimación del tercero de los motivos del recurso, debiendo anularse la exigencia del cumplimiento por las entidades licitadoras de normas de gestión medioambiental, al no estar dicha exigencia vinculada al objeto del contrato y no ser proporcional al mismo.

NOVENO. En el cuarto de los motivos del recurso la recurrente denuncia la exigencia de experiencia en servicios similares como criterio de adjudicación, contenida en anexo 3.A del PCAP.

Al respecto el anexo 3.A del PCAP «criterios cuya valoración depende de un juicio de valor», dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

“Experiencia en servicios similares hasta 10 puntos.



- *Se valorará experiencia en servicios similares del equipo humano que se va a destinar a la prestación del servicio, tanto por volumen de llamadas como por el objeto de los mismos, en los 3 años anteriores a los exigidos tanto en los medios de acreditación de solvencia técnica, como en el anexo 4 (1 año de experiencia requerida, siendo los 3 anteriores a esos exigidos los que serán objeto de valoración), ya sea en el sector público o privado. Los mismos se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad. Esta acreditación deberá incluir al menos al 70% de la plantilla de agentes destinados a prestar el servicio.”*

Afirma la recurrente que el órgano de contratación traslada íntegramente las condiciones de solvencia requeridas a la entidad licitadora al equipo humano que ha de prestar el servicio, exigiendo los mismos criterios para la justificación de la misma y utilizando entonces, y de manera encubierta, la experiencia de la entidad licitadora como criterio de adjudicación. A su juicio, no se puede exigir al personal que aporte certificados de empresas o de organismos públicos en los que haya trabajado en los que conste, como pretende el PCAP, el nivel del volumen de llamadas, el objeto del mismo, etc.

Señala que en este punto cabe recordar que existe múltiple jurisprudencia en relación a la ilegalidad del criterio de adjudicación vinculado a la experiencia. En este sentido, entiende que no puede valorarse la experiencia del contratista, aunque aquí se ha trasladado torticera e íntegramente dicha experiencia al equipo humano, pues este aspecto, al ser de aptitud no puede ser de adjudicación. Para reforzar su alegato trae a colación el Acuerdo 21/2016, de 2 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Concluye la recurrente que en el supuesto que nos ocupa, no se trata de trabajos de tipo intelectual, y estamos -aunque se trate de difuminar- ante la experiencia



de la entidad licitadora, pues a mayor abundamiento, el personal de acuerdo con el artículo 18 del Convenio Colectivo de Contact Center ha de ser subrogado, por lo que solicita la anulación de la experiencia como criterio de valoración sujeto a juicio de valor.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la experiencia en un servicio como el que se licita es fundamental, equiparable a otros tipos de servicios en los que sí se valora normalmente sin problema dicha experiencia (abogados, pilotos, arquitectos, médicos, etc.)

Afirma que el servicio es altamente complejo, por la variedad de temas y particularidades de cada una de ellas y no es suficiente con que se acredite mediante un título (que por otro lado no existe) que se tiene conocimiento en todos los temas tributarios y de recaudación de los que se trata.

Concluye el informe al recurso que por todo ello, y sin discriminar en absoluto a quien no tenga dicha experiencia, se procede a su valoración pues la misma equivale a una mayor calidad, y que por lo tanto sí está vinculado al objeto del contrato (artículo 150 del TRLCSP).

Vistas las alegaciones de las partes, procede su análisis. Al respecto, la experiencia como criterio de adjudicación, es una cuestión que ya ha sido abordada por este Tribunal en reiteradas Resoluciones, entre otras, en las 58/2013, de 10 de mayo, 245/2016, de 14 de octubre, 85/2017, de 2 de mayo y la más reciente, 167/2017, de 5 de septiembre, en las que se señalaba que los criterios de adjudicación deben guardar una vinculación con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora.

En este sentido, en dichas resoluciones se disponía que *“Se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de*



solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por la licitadora. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.”

Cuestión distinta es la posibilidad de valorar la mayor calidad (artículo 150 del TRLCSP) por aptitudes personales en prestaciones de contenido intelectual, resultando en estos casos relevantes los medios personales que se adscriben al contrato.

En este sentido, se manifestaba la Sentencia, de 26 de marzo de 2015, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-601/13, relativa a una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como criterio de adjudicación. Al respecto, la Sentencia concluye que para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de carácter intelectual, como en los de formación y de consultoría, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por las entidades licitadoras para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros.

Esta interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la que debe darse a la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE «la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de



ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato », que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido intelectual, y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia (v.g., entre otros, Acuerdo 21/2016, de 2 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resolución 55/2015, de 12 de mayo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y Resolución 468/2017, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Como se ha expuesto al analizar el primero de los motivos del recurso, en el supuesto examinado, conforme al PPT las prestaciones objeto de licitación no tienen carácter de servicios profesionales, no tratándose de prestaciones de contenido intelectual, de formación ni de consultoría.

En este sentido, el tipo de prestación que se pretende contratar no es de aquellas en las que la cualificación o experiencia del personal incida de manera significativa en su ejecución, máxime si se tiene en cuenta que el PCAP ni siquiera ha exigido respecto a la solvencia técnica una especial cualificación de la plantilla, más allá de la acreditación de experiencia en servicios de atención telefónica en materia de recaudación y gestión tributaria local.

Procede, pues, la estimación de este cuarto motivo del recurso, debiendo anularse el criterio de adjudicación “experiencia en servicios similares”.

DÉCIMO. En el quinto de los motivos del recurso la recurrente denuncia dos de los criterios de adjudicación contenidos en el anexo 3.B del PCAP.

Al respecto el anexo 3.B del PCAP «criterios de valoración cuantificables de forma automática», dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:



«2.- Plazos de ejecución: Se asignará la máxima puntuación a la oferta que presente la máxima reducción al plazo de puesta en marcha del servicio. El resto se puntuará proporcionalmente Hasta 5 puntos

3.- Volumen curva de actividad: Se asignará la máxima puntuación a la oferta que acredite el mayor volumen de actividad del día de la semana con más tráfico de llamadas, siendo el mínimo exigido para puntuar de 3.000 llamadas. El resto se puntuará proporcionalmente Hasta 4 puntos»

A) En cuanto al criterio “plazos de ejecución”, la recurrente solicita su anulación afirmando que en los pliegos no hay mención alguna a los plazos de puesta en marcha del servicio, por lo que dicho criterio no tiene relación con el objeto del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que aunque efectivamente en los pliegos no se hace mención alguna a los plazos de puesta en marcha del servicio, esto no significa que no se pueda valorar su mayor o menor inmediatez, de la misma forma que no se establecen un número máximo de llamadas atendidas y eso no implica que se pueda subir por encima del mínimo establecido. Además, afirma que es totalmente lógico, y no contraviene ningún principio, el que se valore como un factor más de la oferta, ya que la calidad del servicio y la repercusión en la ciudadanía dependerán mucho del plazo con el que se empiece a cubrir el servicio.

Al respecto, en la cláusula 2.3 del PPT «especificaciones del servicio», se dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«Fases de prestación del servicio

Implantación: Tendrá una duración de una semana a contar desde el inicio de la prestación del servicio. A lo largo de esta fase se irán incorporando llamadas procedentes de la línea de Atención al contribuyente. Durante este tiempo se evaluará con detalle el servicio, y se realizarán todas las adaptaciones necesarias de horario, número de agentes y consolidación de conocimientos para que la prestación posterior



se ajuste a los parámetros de calidad establecidos. Durante esta fase los incumplimientos de estos parámetros no serán tenidos en consideración.

□ Consolidación: A partir de la segunda semana garantizará el cumplimiento de los parámetros de calidad y se podrán incorporar llamadas procedentes de otras oficinas.»

Pues bien, de la redacción anterior se infiere sin ningún género de dudas, en contra de lo manifestado por la recurrente y por el órgano de contratación, que en los pliegos -cláusula 2.3 del PPT- sí se hace mención a los plazos de puesta en marcha del servicio. En concreto, hay un fase de implantación del servicio que tendrá una duración de una semana y una fase de consolidación del mismo que tendrá lugar a partir de la segunda semana.

Así pues, esta claro en los pliegos que la puesta en marcha del servicio ha de estar plenamente operativa a partir de la segunda semana, por lo que el plazo de puesta en marcha del servicio es de una semana. Por tanto, aquella entidad o entidades licitadoras que oferten una mayor reducción de ese plazo obtendrán la máxima puntuación y el resto serían puntuadas proporcionalmente a la baja.

En definitiva, la pretensión de la recurrente de anulación del criterio “plazos de ejecución” porque en los pliegos no hay mención alguna a los plazos de puesta en marcha del servicio, no teniendo por ello relación con el objeto del contrato, ha de ser desestimada.

B) En cuanto al criterio “volumen curva de actividad”, la recurrente solicita su anulación señalando que el volumen de actividad total diario no tiene ninguna relación directa sobre la prestación, cualitativa y cuantitativamente, del servicio, por lo que dicho criterio no tiene relación con el objeto del contrato.

Para reforzar su alegato, la recurrente en relación con criterios no vinculados con el objeto del contrato, se remite a los fundamentos de derecho sexto y séptimo de la Resolución 240/2015, de 29 de junio, de este Tribunal.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso entiende que la capacidad de la plataforma para absorber una gran cantidad de contactos es fundamental para demostrar la calidad del servicio a prestar, y por lo tanto se valora como tal.

Pues bien, ciñéndonos a la pretensión de la recurrente de que el volumen de actividad total diario no tiene ninguna relación directa sobre la prestación del servicio, se ha de partir de que el PPT en su cláusula segunda, en lo que aquí interesa estima que el servicio de atención telefónica ha de atender unas 150.000 llamadas al año, existiendo actividad según la citada cláusula del pliego técnico durante todos los meses del año, siendo a su juicio el mes de septiembre el de mayor actividad con una estimación del 14, 87%.

En ese sentido, en el PPT se estima la existencia de actividad de llamadas durante todos los meses del año, por lo que el volumen de actividad del día de la semana con más tráfico de llamadas, tiene una relación clara con el objeto del contrato y ello con independencia de si un volumen diario 3000 llamadas, pueda considerarse o no proporcionado, cuestión esta que no es discutida por la recurrente.

Procede, pues, la desestimación de la pretensión de la recurrente, en los términos expuestos en su recurso, de anulación del criterio “volumen curva de actividad”, y por ende, del quinto motivo del recurso.

En definitiva, en base a las consideraciones realizadas, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el pliego de cláusulas administrativas particulares en el sentido expuesto en la presente resolución, con retroacción de las actuaciones para que en el nuevo pliego que, en su caso, se apruebe se tengan en cuenta las consideraciones realizadas en este y en los anteriores fundamentos de derecho, con publicación de 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 el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicios externalizado de atención telefónica» (Expte. 8/2017), convocado por el Patronato de Recaudación Provincial de Málaga, adscrito a la Diputación Provincia de Málaga y, en consecuencia, se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho décimo de la presenta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal en Resolución de de 27 de noviembre 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.

