

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de junio de 2015.

VISTA la reclamación interpuesta por doña R.Q.A., en nombre y representación de KONECTA BTO, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Servicios de gestión y atención al cliente de Canal de Isabel II Gestión, S.A.”, nº de expediente: 279/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de licitación del citado procedimiento fue publicada el 29 de noviembre de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 24 de diciembre de 2014 en el Boletín Oficial del Estado, el 15 de diciembre de 2014 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y el 27 de noviembre de 2014 en la página web de Canal de Isabel II Gestión, S.A. El presupuesto de licitación asciende a 20.000.000 euros. El plazo de ejecución será de tres años y cinco meses, prorrogable por un año adicional. Los criterios de adjudicación son la valoración económica (70 puntos) y criterios técnicos (30 puntos) dividido en 5 subcriterios y estableciendo en alguno de ellos una puntuación mínima para continuar en el procedimiento de contratación.

Segundo.- Una vez calificada la documentación administrativa, el 5 de febrero, se emitió informe relativo a la revisión de la documentación acreditativa de los criterios de selección cualitativa y se consideró que la empresa GSS Venture cumplía los requisitos exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) por lo que fue admitida al procedimiento y a la fase de apertura de los sobres de proposición económica.

Fue excluida la empresa Global Sales Solutions Line, S.L., matriz de GSS Venture, entre otros motivos, porque incumple el criterio de selección establecido en el apartado 5.B del anexo I del PCAP “*medios que deben adscribirse a la ejecución del contrato*”, en relación a los medios personales y materiales, toda vez que, en relación a estos últimos, en la descripción de las plataformas aportadas no consta la distribución de los 110 puestos de trabajo de los perfiles requeridos. En concreto no se puede identificar cuántos puestos por perfiles se ubican en Madrid y cuántos puestos por perfiles se ubican en Perú.

No consta en qué momento se procedió a la apertura del sobre 2 “oferta técnica” que debía contener la indicación de la parte de contrato que se tenga previsto subcontratar y la documentación relativa a los criterios de adjudicación susceptibles de juicio de valor a que se refiere el apartado 8 del Anexo I del PCAP con el formato indicado en el apartado 6 del mismo anexo, sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa al precio.

El 6 de febrero se reúne la Mesa de contratación para la apertura de las proposiciones económicas de las ofertas presentadas al procedimiento de licitación. Se hace pública la relación de ofertas que son tomadas en consideración y admitidas para la fase de apertura de los sobres de proposiciones económicas, procediendo seguidamente a la apertura de dichos sobres y a dar lectura del importe total.

Tercero.- Con posterioridad al acto público de apertura de proposiciones económicas (6 de febrero), la Mesa de Contratación observó que en la oferta

económica presentada por GSS Venture existía un error en el importe total IVA excluido, causado por la incorrecta multiplicación del “nº de unidades del escenario hipotético de valoración para 4 años” por los precios unitarios que les corresponden. Como consecuencia de ello, el importe total correcto no fue el de 15.387.889,21 euros, reflejado en la oferta, sino el que resulta de realizar los cálculos correctamente, y que ascendía a 15.387.856,00 euros. El Secretario de la Mesa de contratación con fecha 9 de febrero de 2015 comunicó esta circunstancia a todos los licitadores.

Seguidamente, de conformidad con lo establecido en el apartado 8.1 del Anexo I del PCAP, se halló la baja media de las ofertas admitidas al presente procedimiento de licitación. Del citado cálculo resultó que las ofertas de GSS Venture y Servinform, S.A. se presumían anormalmente bajas. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 31/2007 se solicitó a dichos licitadores, el 6 de marzo, que presentaran las precisiones, justificaciones y aclaraciones que consideraran precisas sobre la composición de las ofertas a fin de determinar por Canal de Isabel II Gestión, S.A. la viabilidad de las mismas o su carácter anormalmente bajo.

También con posterioridad al acto público de apertura de proposiciones económicas se procedió a analizar y valorar la oferta técnica de GSS VENTURE contenida en el sobre 2.

Se observó que en la oferta técnica presentada por la empresa GSS Venture, se proponía además de la plataforma ubicada en Madrid, una Plataforma ubicada en la ciudad de Lima (Perú) para la prestación de los servicios de averías y daños a terceros, y de comunicación de resolución de incidencias en el abastecimiento. En consecuencia, el 6 de marzo, se puso en conocimiento del resto de licitadores y se solicitó a la empresa GSS Venture, que acreditase el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica o profesional exigidos en el apartado 5.B).1.b) para la plataforma propuesta en Lima, debiendo aportar declaración responsable de disponer de una plataforma de Contact Center en la ciudad de Lima, con el número

de puestos de trabajo asignados a la misma y la sala de formación, acompañada del contrato, precontrato o cualquier título jurídico válido en derecho que acreditara la disponibilidad actual de los medios solicitados o que dispondría de los mismos en caso de resultar adjudicatario. Asimismo la declaración responsable debía incluir la descripción de la plataforma comprendiendo su ubicación geográfica concreta, la distribución de los puestos por perfiles, las características técnicas de cada puesto y equipamiento de los mismos. La referida documentación debía ser entregada antes de las 13 horas del día 10 de marzo.

El 12 de marzo de 2015 se emite informe de valoración de las ofertas presentadas al procedimiento conjuntamente tanto de los criterios sujetos a juicio de valor como valorables mediante fórmula.

La Mesa de contratación acordó que GSS Venture cumplía con los requisitos de solvencia tal y como consta en el Acta de fecha 13 de marzo de 2015. Asimismo, después de analizar el informe sobre la justificación de valor anormal o desproporcionado y asumir las conclusiones del mismo, acordó tomar en consideración las ofertas presentadas por las empresas GSS Venture y Servinform y proponer la adjudicación a GSS Venture.

Una vez clasificadas las ofertas resultó el siguiente orden: GSS Venture 91,750 puntos, Konecta BTO 81,633 puntos y Atento Teleservicios 83,718 puntos.

El contrato se adjudicó por el Consejo de Administración el 25 de marzo de 2015.

Cuarto.- El 14 de abril de 2015 tuvo entrada en Tribunal el escrito de reclamación, formulada por la representación de Atento Teleservicios España, S.A.U. Asimismo el 16 de abril, interpuso reclamación Konecta BTO, S.L. Ambas fueron resueltas acumuladamente en la Resolución 66/2015, de 29 de abril, que acordó *“Estimar parcialmente ambas reclamaciones en cuanto a la solicitud de acceso al expediente de contratación, debiendo retrotraerse el procedimiento al objeto de poner de*

manifiesto el mismo en la extensión y en los términos más arriba señalados para que, en su caso, las reclamantes puedan presentar nueva reclamación suficientemente fundada en el plazo de 15 días hábiles desde el acceso”.

Quinto.- Con fecha 25 de mayo, se interpone reclamación por Konecta BTO, S.L. La pretensión de la reclamante se concreta en la solicitud de anular el acuerdo de adjudicación, excluir a GSS Venture, S.L. del procedimiento y tras realizar una nueva valoración de las ofertas de Atento Teleservicios y Konecta, que se proceda a reflejar por escrito una valoración comparativa suficiente entre ambas ofertas que permita diferenciar claramente aquellos aspectos que motivan una mayor puntuación para la oferta ganadora y en defecto de las anteriores que se acuerde la nulidad o subsidiaria anulabilidad de la totalidad del procedimiento de licitación del contrato en que se ha tenido acceso y/o conocimiento de las ofertas económicas de los licitadores y su valoración.

Sexto.- El 27 de mayo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe en el que rebate los motivos de la reclamación y solicita que sea desestimada.

Séptimo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha formulado alegaciones GSS Venture cuyos argumentos serán tenidos en cuenta al analizar cada uno de los motivos de la reclamación.

También ha presentado escrito de alegaciones la empresa Atento que manifiesta dar por reproducidas sus manifestaciones comprendidas en el escrito de reclamación que se tramita en este Tribunal con el número 68/2015; hace suyos los planteamientos de la reclamación de Konecta en la medida en que ponen de

manifiesto la actuación contraria a derecho del órgano de contratación respecto de la oferta de GSS Venture; y discrepa de lo manifestado por Konecta en cuanto a la petición de realización de una nueva valoración de la totalidad de ofertas porque la consecuencia de que se excluya a un licitador es que se adjudique el procedimiento a la siguiente oferta en puntuación sin que por ello tengan que volver a reevaluarse la ofertas de los restantes licitadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El contrato está sujeto a la LCSE. En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, el PCAP señala que: *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación (...).”

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 101 y siguientes de la LCSE, en los que se dispone lo siguiente:

“Los órganos indicados en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, [actual artículo 40 del TRLCSP] serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de esta Ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan:

a. Resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen por infracción de las normas contenidas en esta Ley”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la reclamación.

Segundo.- El artículo 102 de la LCSE atribuye legitimación activa para interponer reclamación a *“toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*. Konecta fue admitida a la licitación y valorada su oferta, resultando clasificada en tercer lugar. En principio ningún beneficio le reportaría la anulación de la adjudicación y la exclusión de la actual adjudicataria, pues de anularse la adjudicación, esta recaería en la siguiente oferta mejor clasificada. No obstante, la exclusión de la actual adjudicataria y la retroacción de actuaciones implicaría una nueva valoración de las ofertas económicas excluyendo aquella y además su *petitum* se concreta también en que se ordene una nueva valoración *“acordando la nulidad o subsidiaria anulabilidad de la totalidad del procedimiento de licitación del contrato en el que se ha tenido acceso y/o conocimiento de las ofertas (económicas) de los licitadores y su valoración”*. Como consecuencia, ostenta legitimación activa en el presente procedimiento de recurso.

Asimismo se acredita la representación de la firmante de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se planteó en tiempo pues fue concedido acceso al expediente el día 6 de mayo e interpuesta la reclamación, el día 22, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con la Resolución de este Tribunal 66/2015 de 29 de abril.

Cuarto.- La adjudicación objeto de la reclamación corresponde a un contrato de servicios sujeto a la LCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 16.a) y estar incluido en la categoría 11 del anexo II A de la misma.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley 31/2007, se ha anunciado previamente ante el órgano de contratación la interposición de la reclamación.

Quinto.- En orden a examinar los distintos motivos de reclamación debemos alterar el orden de formulación y examinar primero aquél que determinaría la nulidad total del procedimiento o los de anulabilidad que determinen la retroacción del procedimiento al momento procedimental anterior.

Solicita la reclamante que se acuerde la nulidad o subsidiaria anulabilidad de la totalidad del procedimiento de licitación del contrato en el que se ha tenido acceso y/o conocimiento de las ofertas (económicas) de los licitadores y su valoración.

En el caso que nos ocupa, tal como consta en los antecedentes de hecho se procedió a la evaluación conjunta de los criterios valorables mediante juicio de valor y de forma objetiva mediante la aplicación de fórmula. Es decir, no se ha separado la valoración de los criterios no susceptibles de valoración objetiva de forma que se lleve a cabo antes de la apertura del sobre conteniendo la oferta económica y demás elementos valorables mediante fórmula y que el resultado se dé a conocer públicamente en el acto de apertura del último sobre. Tras calificar la documentación administrativa se ha procedido en acto público a la apertura del sobre 3 “proposición económica”, sin que figure en el expediente en qué momento se procedió a la apertura del sobre 2 que contiene la oferta técnica ni que su valoración se haya puesto en conocimiento de los licitadores previamente a la apertura de la proposición económica. La valoración de los criterios subjetivos se realizó por el técnico correspondiente una vez abiertos los sobres con las proposiciones económicas presentadas y a la vez que estas.

El órgano de contratación alega que el procedimiento de licitación está sujeto a la Ley 31/2007 y no a la normativa propia de los contratos sujetos a regulación armonizada. No resulta en consecuencia aplicable a este procedimiento de licitación el artículo 150 del TRLCSP ni el artículo 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos de Sector Público, que exige que con carácter previo a la apertura de proposiciones económicas se valoren los criterios técnicos no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Cita al efecto la disposición adicional octava del TRLCSP, que regula los contratos celebrados en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, pero excluidos de la aplicación de la citada Ley que se regirán por las disposiciones del TRLCSP, sin que les sean aplicables las normas que establece para los contratos sujetos a regulación armonizada. Esta disposición adicional no resulta aplicable al supuesto objeto de la reclamación que es un contrato regido por la Ley 31/2007.

El modo de proceder en la valoración es contrario al principio de transparencia pues la apertura del sobre 2 no se hizo en acto público y dio lugar a que fueran abiertas las ofertas económicas de licitadores que, en la práctica, ya no se encontraban en la licitación por no haber superado su oferta técnica la puntuación mínima exigida en los pliegos (Servinform) y no debían pasar a la siguiente fase. Asimismo, conforme a este proceder podía haber sido abierta la proposición económica de algún licitador que no cumpliera los requisitos técnicos, lo que le impediría también permanecer en la licitación por no ajustarse a las prescripciones técnicas. Cabe hacer constar que el informe de valoración se pronuncia sobre el cumplimiento de dichas condiciones cuando afirma con carácter previo al análisis de cada oferta que *“con carácter general, la oferta técnica es formalmente correcta, cumple las exigencias establecidas en los pliegos...”* y esa constatación debía ser previa a la apertura de la proposición económica. Ese actuar produce una distorsión en la identificación de ofertas económicas anormales o desproporcionadas al concurrir en el cálculo de los correspondiente umbrales ofertas económicas de licitadores que debieron haber resultado excluidos previamente por no cumplir las condiciones técnicas o no haber superado los umbrales mínimos establecidos.

La valoración de todos los criterios de adjudicación, se hizo conjuntamente, tanto los de carácter automático como los evaluables mediante juicio de valor, lo cual no es conforme ni con los principios de transparencia, igualdad y no discriminación recogidos en el artículo 19 de la LCSE, ni con el procedimiento previsto en la cláusula 12 del propio PCAP que rige esta licitación como seguidamente se verá.

No podemos obviar lo establecido en la mencionada cláusula 12 que dispone que en el acto de apertura de proposiciones económicas, la Mesa de contratación pondrá en conocimiento de los interesados el resultado de la calificación de la documentación administrativa, y en su caso, del cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos, y abrirá a continuación el sobre 3 “proposición económica”. Mal se puede poner en conocimiento público el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos si antes no se ha abierto el sobre que contiene la oferta y documentación técnica que deben incluirse en el sobre 2. Asimismo, en la cláusula 11, relativa a la forma y contenido de las proposiciones, se prevé que estas constarán de tres sobres, el 1 conteniendo la documentación administrativa, el 2 la oferta técnica y el 3 la proposición económica. En el sobre 2 se incluirá la oferta técnica en orden a la aplicación de los criterios de adjudicación *“sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa al precio”*. La separación del contenido de los sobres y la prohibición de incluir documentación relativa al precio solo tiene sentido si lo que se pretende es la valoración en momentos separados para que el conocimiento del precio no pueda influir en la valoración de los criterios subjetivos. De lo contrario sería innecesaria la presentación de dos sobres y se admitiría todo en el mismo sin que se diera importancia a desvelar aspectos económicos. Es decir, el propio PCAP está previendo la separación de la documentación acreditativa de los criterios de adjudicación de distinta naturaleza y, aunque luego omite la regulación del procedimiento de evaluación y la necesidad de hacerlo en dos fases, se evidencia la intención de que así sea.

Igualmente la interpretación del PCAP y del procedimiento aplicable conforme a los principios orientadores de la contratación que se lleve a cabo en virtud de la LCSE no deja lugar a dudas en esta cuestión ya que se trata de evitar que se conozca la parte de la proposición cuya evaluación depende de criterios automáticos hasta que se ha efectuado y hecho pública la de los evaluables mediante juicio de valor, con el fin de que los técnicos encargados de dicha valoración no puedan verse influidos o mediatizados por el conocimiento de los elementos que no dejan margen a la discrecionalidad con lo que se podría vulnerar el respeto a la igualdad de los licitadores, la prohibición de cualquier posible discriminación y se resta transparencia al procedimiento de selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Si bien es cierto que la LCSE, a diferencia del TRLCSP, no regula el procedimiento de evaluación de las ofertas, no podemos olvidar que, como criterio interpretativo, hemos de recurrir a la normativa europea y aplicar los principios generales por los que se rige la LCSE. Aunque el procedimiento de contratación de la LCSE sea menos rígido que el del TRLCSP, no por ello se deja de garantizar los principios generales. La Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, en su artículo 60, regula los criterios de adjudicación y en el 61 los criterios de valoración de las ofertas, ambos con una redacción similar al artículo 150 del TRLCSP, pero sin mención de la posibilidad de separación por fases exigiendo una puntuación mínima, ni del procedimiento de valoración previa de los criterios subjetivos que sí se prevén en esta última. No obstante, la exposición de motivos de la LCSE aclara que en cuanto a los criterios de adjudicación de los contratos, la ley sigue los criterios tradicionales de adjudicación de la contratación pública. El mismo criterio interpretativo figura en la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, que en el considerando 6, afirma que es conveniente que el concepto de contratación sea lo más cercano posible al aplicado con arreglo a la Directiva

2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, teniendo debidamente en cuenta las especificidades de los sectores a los que se aplica la presente Directiva.

En consecuencia los criterios de adjudicación y de su valoración han de ser interpretados de conformidad con los principios generales enumerados en la LCSE siguiendo los mismos criterios que para la contratación pública.

La Directiva 2004/17/CE, en su considerando 55, en una redacción casi idéntica al considerando 46 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, afirma que la adjudicación del contrato debe efectuarse con arreglo a criterios que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato y la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Asimismo afirma que a fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios para la adjudicación del contrato deben hacer posible la comparación y evaluación objetiva de las ofertas. Es decir, no es suficiente con el establecimiento de criterios objetivos que cumplan los requisitos enunciados en el artículo 60 LCSE, sino que también el proceso de comparación y evaluación ha de ser objetivo y ha de realizarse conforme a los mismos criterios que para la contratación pública, la cual exige la separación en la evaluación de los criterios objetivos y subjetivos.

Por tanto, el proceso de evaluación de ofertas se ha llevado a cabo con vulneración de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación incurriendo en un supuesto de nulidad de pleno derecho que determina la nulidad de todo el procedimiento que, en su caso, deberá instruirse desde su acuerdo inicial, redactando nuevos pliegos que cumplan los requisitos mencionados.

Siendo este motivo causa de nulidad de todo el procedimiento tramitado y suficiente para la estimación del recurso, no sería necesario analizar el resto de motivos del recurso. No obstante, dado que el expediente de contratación

previsiblemente será reiniciado, conviene examinar también los otros motivos de recurso en aras a una adecuada tramitación.

Sexto.- Alega la reclamante, Konecta, que el informe de valoración de las ofertas no está motivado, la valoración de las ofertas realizada carece de la motivación mínima exigida por la legislación para conocer las razones del otorgamiento de una puntuación u otra a cada uno de los licitadores, se limita a describir las mismas, a listar las puntuaciones otorgadas y no existe juicio comparativo. Pretende la reclamante que el órgano de contratación realice una nueva valoración técnica de las ofertas y que finalmente se le adjudique el contrato.

Según el órgano de contratación el informe es claro y está motivado, al examinarse en el mismo detalladamente cada una de las ofertas mediante el análisis de sus características y la expresión de aquellas que destacan frente a las que no, que tiene su reflejo en las puntuaciones otorgadas en cada uno de los criterios de valoración. Alega el informe que la valoración de las ofertas presentadas por el órgano de contratación conforme a los criterios recogidos en el apartado 8 del Anexo I del PCAP se recoge en el informe de valoración de 12 de marzo de 2015, que obra en el expediente.

Respecto de la falta de motivación del informe de valoración de ofertas sostiene la adjudicataria, en trámite de alegaciones, que el PCAP expresa la ponderación de los criterios con un 70% a la oferta económica y un 30% a la oferta técnica. Invoca el artículo 83 de la LCSE apreciando que se ha comunicado a cada licitador las razones por los que la oferta de GSS Venture ha sido preferida a la suya explicitando comparativamente las razones que han llevado a aquellas puntuaciones de cada oferta y hace la observación de que salvo en un criterio técnico tanto Konecta como Atento obtuvieron puntuaciones más altas que GSS Venture por lo que la cuestión suscitada en la reclamación carece de relevancia práctica alguna.

Además, de la función de control la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de

un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que en caso de ser contravenida generaría indefensión. Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación, de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

El poder adjudicador ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos. Esto obliga a un esfuerzo de razonar las puntuaciones otorgadas a los criterios sujetos a juicio de valor.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de enero de 2010, (Asunto C-406/08 Uniplex):

“30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los

motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”.

Los criterios de adjudicación que figuran en los pliegos serán los que determinen la adjudicación, por ello la posibilidad de recurso contra este acto de finalización del procedimiento de contratación requiere tener conocimiento de las puntuaciones asignadas a cada uno de dichos criterios y las causas de la misma, a fin de facilitar, en su caso, su control. Se trata, en suma, que el candidato conozca no sólo las puntuaciones respectivas, sino también que tenga una información de la causa de la atribución de las mismas, como ya se señaló, por este Tribunal entre otras, en la Resolución 177/2014, de 15 de octubre. Así una adecuada motivación requiere el desglose de la puntuación obtenida por cada oferta en cada uno de los elementos a valorar conforme a lo previamente dispuesto en el pliego que regula la contratación. Necesariamente en la valoración de los criterios debe hacerse un juicio razonado para poder conocer los motivos por los que se llega al resultado final de otorgamiento de puntuación.

En el mismo sentido de la doctrina y jurisprudencia mencionadas y como último hito en la evolución jurisprudencial respecto del contenido de la motivación cabe citar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2014, recurso 1375/2013, donde después de una exposición didáctica de la evolución jurisprudencial sobre la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica y sobre las posibilidades de control frente a los actos de calificación especializada, en especial en lo referente el nivel de motivación que les es exigible, concluye que es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen a la concreta puntuación y calificación aplicada.

La citada Sentencia fija el marco de control del poder discrecional frente a la arbitrariedad y su pariente próximo la discrecionalidad extralimitada. La

jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional está caracterizada por el permanente esfuerzo en ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional. Como hitos evolutivos destaca: (1) el reconocimiento de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica; (2) el establecimiento como límites para la misma de los impuestos a la actividad discrecional no técnica; (3) la distinción dentro de la actuación de valoración técnica del “núcleo material de la decisión” (encaminado a delimitar la materia que va a ser objeto de ese juicio técnico) y sus “aledaños” o pautas jurídicas exigibles a dichas actividades; (4) la necesidad de motivar el juicio técnico; y finalmente (5) la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para ser considerada válidamente realizada.

Respecto del contenido de la motivación se declara que debe cumplir al menos estas condiciones:

- a. Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico.
- b. Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico.
- c. Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato sobre los demás.

Aplicando la doctrina expuesta al presente supuesto resulta que el informe de valoración, a pesar de sus 59 páginas, no cumple los requisitos mencionados, pues es un documento que recoge los antecedentes y en cuanto al contenido de la oferta es meramente descriptivo de las proposiciones de los licitadores, pero no contiene a lo largo de su extenso contenido ninguna explicación o razonamiento sobre las causas de las puntuaciones otorgadas, ni un análisis comparativo de dichas valoraciones, limitándose únicamente a atribuir unas puntuaciones a las distintas ofertas, con incluso tres decimales, pero sin explicar las razones de las mismas por lo que no es posible conocer cómo se llega a la puntuación final otorgada a cada licitador respecto de esos concretos elementos. Es la razonabilidad de esas explicaciones lo que permite concluir si se han respetado o no los parámetros establecidos en los pliegos. El informe debería analizar separadamente la cantidad y

calidad de las actuaciones propuestas conforme al contenido exigido en el propio pliego, desglosando la puntuación entre los distintos parámetros o exponiendo los criterios de valoración utilizados.

En consecuencia, la valoración efectuada por el órgano de contratación sin expresión de las razones por las que se llega a ella incurre en causa de nulidad por falta de la debida y explicitada motivación de la valoración de los criterios de adjudicación, exigida por el artículo 61 de la Ley 31/2007. Sin embargo, no procede ordenar una nueva valoración, pues tal como reconoce la reclamante en el texto de la reclamación y tal como se ha analizado anteriormente, al establecerse para la adjudicación del contrato criterios evaluables mediante fórmula y mediante juicio de valor, la evaluación en este momento no sería objetiva por haber sido ya abiertos todos los sobres. Procede por ello reconocer la petición subsidiaria de anulación de todo el procedimiento de licitación.

Séptimo.- En relación a la solvencia se alega por la reclamante que al adjudicatario se le ha concedido un trámite de subsanación contrario a la ley y al PCAP. Argumenta que dicha subsanación ha permitido a GSS Venture completar su oferta técnica, implicando por tanto una modificación sobrevenida de la misma.

Denuncia Konecta la inadmisibilidad de la oferta del adjudicatario derivada de la modificación sobrevenida de la oferta técnica tras la apertura de los sobres correspondientes a las ofertas económicas de los licitadores, lo que se le permitió al adjudicatario no fue una simple subsanación de la falta de acreditación de determinados requisitos, sino completar su oferta técnica en relación con todos los aspectos relativos a la plataforma ubicada en Lima. El requerimiento de subsanación se realizó tras la apertura de todos los sobres de la licitación -por tanto, ya era de conocimiento público el contenido de las ofertas técnicas y económicas de todos los licitadores-, y no en la fase de subsanación de la documentación administrativa prevista en la cláusula 12 del PCAP.

El PCAP establece la necesidad de aportar un compromiso de adscripción de

medios materiales y personales. En relación a los medios materiales que deben adscribirse a la ejecución del contrato los licitadores deberán incluir una declaración responsable relativa a la plataforma de contact center y sala de formación de los que dispone la empresa licitadora adjuntando las características técnicas de los mismos. La declaración responsable deberá incluir la descripción de la plataforma, comprendiendo su ubicación geográfica concreta, la distribución de los puestos por perfiles, las características técnicas de cada puesto y equipamiento de los mismos y una descripción del centro o sala de formación especificando número de puestos, su ubicación concreta de la misma, equipos informáticos y proyector.

En la documentación incluida en el sobre 1 GSS Venture presenta una declaración en la que expresa que dispone de los medios materiales de acuerdo a lo dispuesto en el PCAP relativa a una plataforma de contact center ubicada en Madrid con al menos 110 puestos de trabajo, plataforma de hasta 100 posiciones en modo contingencia situada en Ateca (Zaragoza), sala de formación de la plataforma de Madrid, etc.

En el acto público de apertura de plicas se comunicó que GSS Venture cumplía los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP.

Con posterioridad a la apertura de proposiciones económicas se procedió a analizar y valorar la oferta técnica de GSS Venture contenida en el sobre nº 2. Es en la propia oferta técnica donde el licitador expone su modelo organizativo mixto enfocado a la prestación de servicios desde Madrid y Lima (Perú), localizando determinados servicios del Centro de Atención al Cliente (averías, daños a terceros y comunicación a los clientes de la resolución de incidencias de abastecimiento) en la ubicación de Lima, describiendo la plataforma en la propia oferta técnica.

Alega el órgano de contratación en su informe que GSS Venture había incluido en la documentación del sobre 2, relativo a la oferta técnica, la plataforma de Perú, razón por la cual no le pudo solicitar que subsanase los defectos de solvencia que presentaba dicha plataforma después de analizar el sobre 1 y, por

tanto, antes de la apertura de plicas, sino al examinar su oferta técnica, hecho que se produjo después de la referida apertura de plicas.

Mantiene GSS Venture que no existe infracción en el requerimiento de subsanación de un defecto formal referido a la solvencia cual es la declaración de adscripción de medios de la plataforma que se ubicará en Perú. Alega que en dicha subsanación no se produce alteración, variación o adición de la oferta técnica sino acreditación de la disponibilidad mediante una declaración responsable figurando todos los elementos mencionados en la oferta técnica que había sido presentada. Al efecto rechaza la aplicación del Reglamento General de Contratación de las Administraciones Públicas y que solo es aplicable la LCSE y el propio PCAP.

Cabe recordar que corresponde a la Mesa de contratación la función de calificar los documentos acreditativos de la solvencia de los licitadores, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación.

La subsanación de “defectos u omisiones” en la documentación presentada por los licitadores constituye un trámite que con frecuencia origina dudas interpretativas en el procedimiento de contratación, que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado habrá de apreciarse en cada caso sobre la base de que los mismos se refieran a la falta de acreditación del requisito de que se trate y no a su cumplimiento.

Es doctrina reiterada y consolidada del Tribunal Supremo insistir en las posibilidades subsanadoras para evitar la limitación de la concurrencia, pues considera que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los

procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.

La declaración responsable sobre medios materiales (la plataforma) presentada en el periodo de subsanación concedido, independientemente de su procedencia, que se analizará después, no complementa ni aclara elementos de la oferta técnica, sino que acredita el compromiso de adscripción durante la ejecución del contrato. Los elementos mencionados en la declaración constan en la oferta técnica que había sido ya abierta y que fue el motivo de solicitud de subsanación al comprobar que su contenido no se correspondía con lo previamente declarado como compromiso de adscripción de medios. Por ello no cabe mantener que se ha modificado la oferta técnica. La instalación de una plataforma en Lima figuraba ya en la documentación del sobre 2, acreditando la declaración responsable presentada en el periodo de subsanación concedido únicamente el compromiso de adscripción de dicha plataforma a la ejecución del contrato y justificando su disponibilidad.

El procedimiento de adjudicación se regula por lo establecido en la LCSE y por lo establecido en los PCAP, en concreto por la cláusula 12, que establece un sistema respecto al orden que deben seguirse en la calificación y subsanación de la documentación administrativa.

El establecimiento de requisitos de solvencia que se requieren a las empresas licitadoras tiene como objetivo garantizar que los licitadores reúnen las capacidades y cualidades suficientes para asumir las obligaciones derivadas del contrato, y así asegurar que su ejecución se va a llevar a cabo con garantías de éxito y opera como criterio de admisibilidad de manera que el incumplimiento o falta de acreditación supone la exclusión del licitador del procedimiento.

En este caso no estamos en presencia de un requisito de selección cualitativa sino ante un compromiso de adscripción de medios para la ejecución del contrato. La declaración exigida para cumplir el compromiso puede ser genérica o detallando

los concretos perfiles personales y materiales.

En la cláusula 12 del PCAP se establece que la Mesa de contratación calificará la documentación administrativa y concederá a las partes, en su caso, un plazo de subsanación no superior a tres días hábiles. En la misma cláusula se hace referencia a que *“se procederá en la misma forma en el caso de los medios que deban adscribirse a la ejecución del contrato en los términos previstos en el apartado 5 del anexo I”*. Asimismo dispone que *“Una vez calificada la documentación y realizadas, si así procede, las actuaciones indicadas, se procederá a determinar las empresas que cumplen los criterios de selección que se establecen en el apartado 5 del anexo I con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo”*.

Habiendo transcurrido el plazo de presentación de documentación y el de subsanación, con carácter general, no cabe hacerse cargo de documentación que sea presentada con posterioridad ni conceder nuevo plazo de subsanación. Si se produce una discordancia entre el compromiso aportado y lo declarado en la oferta técnica, no procede conceder nuevo plazo de subsanación, pues procedimentalmente el expediente se encuentra avanzado en un momento posterior.

No es necesario que el licitador tenga en el momento de presentar su oferta los medios materiales que se van a adscribir a la ejecución del contrato, pero sí que acredite ante el órgano de contratación que para la ejecución del contrato dispondrá de los medios aportados y que se compromete a ejecutar el mismo con los mismos medios que ha aportado para acreditar su solvencia, de tal manera que quede totalmente garantizada la ejecución del contrato.

También tiene declarado el Tribunal que el compromiso de adscripción de medios ha de acreditarse previamente a la adjudicación una vez seleccionada la oferta económicamente más ventajosa y esa acreditación puede hacerse especificando ahora los medios, cuando no se exigió una concreción de personal o medios materiales, o debe coincidir con los perfiles del personal y los requisitos

técnicos de los medios materiales y no necesariamente con las mismas personas o recursos materiales indicados en el compromiso que sirvió de base para su admisión, salvo que el pliego haya establecido que no puedan ser sustituidos. Es normal que el personal, durante la ejecución del contrato e incluso previamente a él tenga altas y bajas que serán admisibles si el contrato se cumple con la condición establecida en los perfiles y no en las personas concretas. Lo mismo puede predicarse de los medios materiales que pueden sustituirse por otros equivalentes, salvo prohibición expresa del PCAP. En este caso el PPT establece que los licitadores deben comprometerse a proveerse de un espacio habilitado para la prestación del servicio de centro de atención telefónica y gestión escrita y un centro alternativo para hacer frente a las contingencias del principal, indicando obligatoriamente la dirección y localización de ambos y dicha ubicación no puede ser modificada salvo autorización expresa de Canal de Isabel II Gestión.

Por tanto, aun no estando precisamente en un supuesto de subsanación, el órgano de contratación, encontrándose el expediente en un momento previo a realizar la adjudicación, obró correctamente al solicitar la acreditación del compromiso de adscripción de medios, estando capacitado, tal como se prevé en el PCAP, en ese momento, para aceptar, o no, la modificación de los inicialmente propuestos y calificados como suficientes. En consecuencia, debe rechazarse la argumentación de Konecta cuando señala que aceptar la propuesta de GSS Venture permitiría ofrecer un trato de favor al actual adjudicatario, desconociendo el órgano de contratación la obligación de que todos los licitadores se rijan por las mismas “reglas del juego”.

No hay modificación sobrevenida de la oferta técnica, sino simplemente la acreditación previa a la adjudicación de un compromiso de adscripción de medios que se ha modificado en relación al inicialmente calificado y aceptado. Esa documentación, por lo demás, no es objeto de valoración como criterio de adjudicación.

Por otra parte la reclamante vierte dudas sobre la validez de los documentos aportados en la subsanación para acreditar la disponibilidad actual de los medios solicitados, indicando que no serían válidos si fuesen de fecha posterior a la fecha límite de presentación de las ofertas.

Debe ponerse de manifiesto que acompañando a la declaración responsable, GSS Venture tal y como afirma el reclamante y como solicitaba el PCAP, remitió el correspondiente contrato, precontrato o cualquier otro título jurídico que acredite la disponibilidad actual de los medios solicitados o que dispondrá de los mismos en caso de resultar adjudicatario, que en este caso, se materializó en un contrato marco de puesta a disposición de medios de la empresa matriz.

Lo que se discute no es la posibilidad de que el licitador pueda acreditar su solvencia por medios externos, sino si realmente ha acreditado disponer de una manera efectiva de los mismos y de que los mismos van a ser destinados al contrato de referencia.

El contrato de 20 de noviembre de 2001 que GSS Venture acompañó para acreditar la disponibilidad de los medios materiales no acredita que exista compromiso de puesta a disposición de los medios incluidos en dicho contrato. En concreto, el contrato marco se limita a señalar los bienes y servicios en términos generales que Global Sales Solutions Line, S.L. pone a disposición de GSS Venture, pero a lo largo de su clausulado no menciona que dichos medios se pongan a disposición para la ejecución del contrato 279/2014, ni recoge los medios concretos detallados en la declaración efectuada por la adjudicataria.

Por el mero hecho de que Global Sales Solutions Line, S.L. tenga un contrato de arrendamiento de unas oficinas, y que dicha mercantil y GSS Venture hayan suscrito un contrato marco, no se puede concluir que los medios que declara GSS Venture para la ejecución del contrato 279/2014 formen parte del Acuerdo Marco y que, además, los mismos puedan ser perfectamente utilizados por dicha sociedad. Es más, si atendemos al Anexo I de dicho Acuerdo Marco, este se prorroga

anualmente de forma automática, salvo que cualquiera de las partes lo comunique por escrito y con una antelación mínima de tres meses. Global Sales Solutions Line, S.L. no se halla, por lo tanto, obligado a prorrogar dicho contrato y podría no renovarlo. Tampoco consta en el expediente justificación alguna de que ostenta disponibilidad sobre los medios humanos de esta sociedad, más allá de la mera similitud entre sus denominaciones sociales y de un acuerdo marco genérico del año 2001 que no hace referencia alguna a este contrato.

Dicho contrato de arrendamiento vence, conforme a la segunda adenda del mismo, el 31 de diciembre de 2016. No cubre por tanto el tiempo total de duración del contrato licitado. A partir de esta fecha no existiría ninguna garantía para el Canal de Isabel II de que el adjudicatario va a disponer de los medios materiales precisos para seguir ejecutando el contrato a satisfacción del órgano de contratación.

En conclusión, la declaración responsable de medios materiales de 9 de marzo de 2015 no permite acreditar que los medios que se citan en la misma estén de manera efectiva a disposición del adjudicatario, tal y como dispone el PCAP y por tanto los medios a los que nos hemos referido no debieron ser admitidos para acreditar el compromiso de adscripción de medios exigible.

Octavo.- Argumenta Konecta en su escrito de reclamación que los servicios que GSS Venture se propone deslocalizar en Perú, pese a ser precisamente los únicos servicios calificados de críticos por los pliegos, serán prestados bajo un esquema de subcontratación con un tercero, circunstancia contraria al PCAP. La deslocalización parcial del servicio en Perú supone la subcontratación de parte del modelo operativo de Recursos Humanos, en particular del personal que prestará desde Perú los servicios de atención de averías, daños a terceros y comunicación a los clientes de la resolución de incidencias de abastecimiento, y dicha subcontratación implica vulnerar lo dispuesto en el apartado 10.3 del Anexo I del PCAP, al ampliar el ámbito de los servicios objeto de subcontratación a aspectos expresamente excluidos de la misma por los pliegos que rigieron la licitación, lo que necesariamente exige la

exclusión de la oferta incurra en dicha infracción. El carácter crítico y sensible de las prestaciones hace que la relevancia del servicio y de la inmediatez exigible al mismo, circunstancias que difícilmente podrán ser garantizadas por el adjudicatario y mucho menos controladas por el órgano de contratación mediante un equipo deslocalizado en otro continente. Si el debilitamiento del control de la Administración sobre las prestaciones críticas de un contrato es evidente en cualquier escenario de subcontratación, lo es todavía más si el subcontratista se ubica en otro país, a casi 10.000 km del lugar de ejecución del contrato, pese a ser precisamente los únicos servicios calificados de críticos y sensibles por los pliegos de lo que razonablemente se infiere que tales servicios son esenciales para el órgano de contratación y su prestación debe ser necesariamente asumida directamente por el adjudicatario, por su carácter crítico.

Según el informe del órgano de contratación esta afirmación es errónea. En ningún apartado de la oferta técnica GSS Venture propone la subcontratación con un tercero de los servicios a prestar en Perú. Una cosa es la integración de la solvencia con los medios puestos a disposición del adjudicatario por un tercero, ex. artículo 63 TRLCSP, y otra que parte del servicio se subcontrate, en cuyo caso, ese servicio no lo prestaría directamente el adjudicatario sino un tercer contratista, cosa que aquí no sucede. El servicio lo prestará GSS Venture, quien se valdrá de los medios que a su disposición pone su matriz, Global Sales Solutions Line, S.L.

Alega GSS Venture que podría subcontratar los servicios con su matriz Global Sales Solutions Line, S.L., que tiene una sucursal debidamente constituida en Perú y que opera con normalidad en dicho país para prestar servicios de atención telefónica a empresas españolas, lo que excluiría tal subcontratación de las restricciones del PCAP, conforme a su cláusula 25. Añade que GSS Venture no ha formulado en la oferta una propuesta o indicación de subcontratación y ello porque no era necesario hacerlo, conforme al tercer párrafo de la cláusula 25 PCAP, ya que el apartado 10.3 de anexo I no lo requiere. En consecuencia, a la hora de la oferta y la adjudicación operaba el sistema general del PCAP, consistente en que la subcontratación, cuando sea posible y en el momento en que se plantee, siendo admisible cualquier

momento, deberá ser autorizada por Canal, de manera que la posibilidad de subcontratación continúa abierta pero no ha influido en la adjudicación. Afirma que la alegación de Konecta se basa en una mera presuposición, la posibilidad de que GSS Venture opte por prestar la parte del servicio que ofrece ejecutar desde Perú, por sí misma, constituyendo en dicho país una sucursal, lo que implica que actuaría allí sin subcontratar servicio alguno. Ambas opciones, actuación propia y subcontratación, han sido durante el proceso de adjudicación y continúan siendo en la actualidad simples y legítimas posibilidades, por lo que no es admisible derivar de la segunda una infracción actual de las normas que rigen la adjudicación del contrato.

El apartado 10.3 del Anexo I del PCAP determina que los licitadores sólo puedan proponer en sus ofertas subcontratación “*exclusivamente en los apartados relativos a Propuestas de Soluciones Técnicas Contact Center Multicanalizada y Planes de Contingencias*”.

Una cosa es la integración de la solvencia con los medios puestos a disposición del adjudicatario por un tercero, ex artículo 63 TRLCSP, y otra que parte del servicio se subcontrate, en cuyo caso, ese servicio no lo prestaría directamente el adjudicatario sino un tercer contratista, cosa que aquí no queda probada, pues GSS Venture no aporta declaración expresa de la subcontratación tal como se exige en el anexo I del PCAP y tampoco se pronuncia claramente en su oferta técnica sobre el modelo que adoptará la plataforma de Perú, si se realizará subcontratando con la empresa matriz o constituyendo una sucursal de la propia licitadora. En todo caso la subcontratación está limitada tal como establece el PCAP exclusivamente a los apartados que menciona, incumpléndose los mismos en otro caso.

Noveno.- En relación a la posibilidad de deslocalización internacional de la plataforma, señala la reclamante que el PCAP (cláusula 5) permite la participación en la licitación de empresas españolas, comunitarias y extranjeras no comunitarias, con los requisitos típicos de reciprocidad de la LCSP, lo cual, en ausencia de una indicación expresa en contrario, supone que tales empresas podrán prestar el

servicio objeto del contrato desde sus propios territorios de residencia.

Alega la reclamante que la oferta del adjudicatario, al deslocalizar parte de los servicios en Perú, no garantiza el cumplimiento de las cláusulas sociales (legislación laboral, seguridad social y de integración de las personas en situación de discapacidad) exigidas por el PCAP y que mejoran el cumplimiento de la legislación básica nacional. Sin embargo y a pesar de que la sujeción a toda la legislación laboral española es indiscutible, la proposición formulada por GSS Venture en relación con la ejecución de la parte del contrato que tiene previsto subcontratar a una empresa situada en Perú, no respeta los mínimos elementales que establece nuestro Ordenamiento Jurídico en relación con la protección del trabajador en el ámbito laboral. Entre estas normas, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece una serie de condiciones mínimas que deben regir la relación de los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta ajena. Entre ellas se establece por ejemplo una duración máxima de la jornada laboral de 40 horas semanales –art. 34.1 ET- que no es respetada sin embargo por la jornada laboral del personal contratado en Perú y que ha sido establecida en 48 horas semanales. Adicionalmente, el modelo de contrato aportado por GSS Venture, fija un salario mensual de 750 soles peruanos -unos 210 euros-, cantidad que está muy lejos de los 648,60 euros mensuales que establece el Real Decreto 1106/2014, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2015. La vulneración de la normativa de referencia no solo supone un flagrante incumplimiento de las obligaciones impuestas por los pliegos que rigieron la licitación y de nuestra legislación laboral, sino que la aceptación de la proposición de GSS Venture supone legitimar una conducta desleal contraria a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Cita para ello el artículo 15 de la citada Ley de Competencia Desleal que establece: *“1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.*

2. *Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.*

3. *Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”.*

Argumenta Konecta que el hecho de que GSS Venture no ofrezca a los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato las condiciones mínimas laborales que el resto de licitadores están obligados a respetar, constituye *de facto* una ventaja competitiva obtenida como consecuencia de la infracción de las leyes y que se traduce en un importante ahorro de costes. Dicho ahorro le permite a su vez mejorar las condiciones económicas de su oferta para hacerse con la adjudicación del contrato. La aceptación de la oferta de GSS Venture no solo actúa en detrimento del resto de licitadores sino que vulnera el derecho a la igualdad reconocido constitucionalmente (art. 14 CE), que se traduce además en uno de los principios fundamentales que deben regir la contratación pública europea. Conforme al artículo 19 de la LCSE: *“Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia”*. Ni el PCAP ni el PPT introducen excepción alguna al marco legal de referencia expuesto, al contrario, impone en la cláusula 30 del PCAP el respeto a la legislación nacional en la ejecución del contrato.

Por otro lado, argumenta la reclamante que la adjudicataria no ha acreditado que, a pesar de que la ejecución del contrato vaya a realizarse en un país extranjero, las condiciones de los trabajadores se ajustan a la legislación laboral que resulta de obligado cumplimiento para todos los licitadores. En consecuencia, la decisión del órgano de contratación de aceptar la oferta formulada por la adjudicataria es nula de pleno derecho, por ser contraria a los derechos y libertades constitucionales y a los principios que deben regir la contratación, o en su defecto anulable, por contravenir la legislación básica laboral española y la legislación sobre competencia desleal, sin perjuicio de que vulneran las obligaciones definidas por los pliegos.

Denuncia la reclamante Konecta que la deslocalización propuesta por el adjudicatario implica, *per se*, el incumplimiento de las condiciones de ejecución del contrato previstas en las cláusulas 30, 31, 31bis y 31ter del PCAP, en la medida en que al externalizarse la prestación de los servicios a otro país, que ni tan siquiera forma parte de la Unión Europea, resulta imposible garantizar que el adjudicatario cumpla, respecto de los servicios deslocalizados, las condiciones impuestas por dichas cláusulas.

Las Cláusulas 30 a 31 ter del PCAP imponen al contratista:

- *“El cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social, de integración social de minusválidos y de prevención de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre protección de Riesgos Laborales, Real Decreto 171/2004”.*
- *“En el modelo de proposición económica que figura como anexo II al presente pliego se hará manifestación expresa que se han tenido en cuenta en sus ofertas tales obligaciones, así como las que se deriven de las cláusulas 31, 31bis y 31ter siguientes”.*
- *“El cumplimiento de la política de Calidad y Medio Ambiente de Canal de Isabel II Gestión, S.A., que en su condición de sociedad gestora del ciclo integral del agua en la Comunidad de Madrid está obligada al cumplimiento de todas las normas de calidad y cantidad en el suministro de agua, de depuración de aguas residuales, etc, para la protección y mejora activa del medio ambiente, obligaciones reflejadas en su Política de Calidad y Medio Ambiente que resulta exigible a todos los niveles de la Organización, incluyendo sus clientes, proveedores, contratistas y público en general” -Cláusula 31 PCAP-.*
- *“El cumplimiento de la política de seguridad y salud en el trabajo de Canal de Isabel II Gestión, S.A., que debe integrarse igualmente en todos los niveles de la organización y ser supervisado y evaluado periódica y sistemáticamente por Canal de Isabel II Gestión, S.A.”-Cláusula 31.bis PCAP-.*

- *“El cumplimiento de la política en materia de prevención de Riesgos Laborales, para lo que la cláusula 31ter se remite a la normativa española en la materia, así como a cualesquiera otras normas de seguridad elaboradas por Canal de Isabel II Gestión que afecte a sus instalaciones y donde los empleados del contratista desarrollen su trabajo” -Cláusula 31ter PCAP-.*

Considera Konecta que tales cláusulas obedecen a lo que, en el ámbito de la contratación pública se conocen -en línea con lo expuesto en tal sentido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe 18/2014, de 17 de diciembre- como cláusulas sociales de contratación, esto es, condiciones de ejecución en materia social que van más allá del cumplimiento de las establecidas en las normas y que se traducen en la introducción en la contratación pública de condiciones relativas a criterios sociales relacionados con la inserción socio laboral de personas en riesgo de exclusión social y/o discapacitadas, promoción de la calidad en el empleo, la igualdad de oportunidades, facilitar la seguridad y salud laboral, etc.

Concluye Konecta que la deslocalización en Perú de la prestación de parte -la parte más crítica- de los servicios objeto del contrato adjudicado implica que dicha parte de los servicios (i) no esté directamente sometida a la normativa laboral, de seguridad social, de prevención de riesgos laborales, medioambiental, etc., española, cuyo cumplimiento imperativamente exige el PCAP, por lo que no cabe garantizar que el adjudicatario se ajuste a dicha normativa respecto de los servicios deslocalizados o que, en caso de incumplimiento de la misma, pueda instarse la adopción de medidas coercitivas al respecto por las autoridades competentes (ii) no se haya previsto en los pliegos mecanismos para garantizar el respeto de dicha normativa en situaciones como la analizada, de deslocalización a otro país de parte de los servicios, por lo que muy probablemente no existirá garantía contractual o documental alguna que permita, caso de haberse subcontratado a un tercero la prestación de tales servicios, la exigencia del cumplimiento de una normativa ajena a la del país en la que se desarrollen los servicios contratados.

El informe del órgano de contratación se sorprende de que la reclamante base su impugnación de la adjudicación en un incumplimiento de las cláusulas de un contrato que todavía no se ha formalizado, ni se ha empezado a ejecutar y que solicite al órgano competente para resolver el recurso, que revoque una adjudicación -de una forma que podríamos calificar de “preventiva”- en orden a garantizar condiciones de ejecución de un contrato que todavía no ha comenzado o, incluso peor, en base a un supuesto incumplimiento futuro de la legislación sobre protección de datos de carácter personal, cuando el adjudicatario todavía no ha comenzado a tratar dichos datos. Igualmente se sorprende que se alegue competencia desleal del adjudicatario al proponer prestar parte de los servicios desde una plataforma en Perú, cuando la propia reclamante dispone de una plataforma en dicho país desde la que presta servicios.

Alega GSS Venture que en el PPT y en el PCAP no se impone el cumplimiento de “toda la normativa española”, sino de la normativa vigente en la concreta relación constituida entre el contratista y sus empleados o entre el subcontratista y los suyos, de ser posible una subcontratación. Considera que no se incumple la legislación, ni las cláusulas sociales, ni de la normativa de la competencia citadas en el recurso, entendiendo que la interpretación razonable es que el contratista está obligado a cumplir la normativa vigente en el lugar de prestación de cada servicio, esto es, si es en España, la española y si es en Perú, la peruana. Cita al efecto diversa jurisprudencia relativa a la movilidad de los trabajadores comunitarios. Rechaza la infracción de la normativa de competencia desleal al señalar que la normativa invocada se refiere a la contratación en España de extranjeros sin permiso de trabajo por lo que carece de sentido en el caso que se plantea la contratación de trabajadores en Perú.

La posibilidad de que el incumplimiento de las cláusulas sociales se considere en el mismo procedimiento de adjudicación y pueda dar lugar, incluso, a la exclusión del licitador, ha sido expresamente acogida en las nuevas Directivas de Contratación aprobadas en el año 2014, y más concretamente en la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los

transportes y los servicios postales, por la cual se deroga la Directiva 2004/17/CE. En particular, el considerando 52 de la Directiva expone que:

“En aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión”.

Asimismo el considerando 53 afirma que *“debe considerarse que los servicios se prestan en el lugar en el que se ejecutan las prestaciones características. Cuando los servicios se presten a distancia, por ejemplo servicios prestados por centros de atención telefónica, debe considerarse que dichos servicios se prestan en el lugar en el que se realizan los servicios, con independencia de los lugares y Estados miembros a los que se dirijan los servicios”.*

Aunque algunas de las cláusulas invocadas relacionen expresamente normas españolas, lo cierto es que en el pliego no se establece claramente una cláusula de tipo social que pueda favorecer determinado grupo de trabajadores o unas determinadas condiciones de ejecución del contrato, de la que se pueda deducir que se impone la legislación española, debiendo atender conforme al criterio del citado considerando 53, al lugar de establecimiento del prestador de los servicios.

La interpretación razonable de las cláusulas 30 es que el contratista estará obligado a cumplir la normativa vigente en el lugar de prestación de cada servicio.

El adjudicatario, al igual que todos los licitadores, ha declarado específicamente en su proposición económica -tal como consta en el modelo de proposición económica del Anexo II del PCAP- que se obliga al cumplimiento de lo

legislado o reglamentado en materia laboral, en seguridad social, seguridad y salud laboral, protección medioambiental y materias relacionadas, así como en materia tributaria, haciendo manifestación expresa de que ha tenido en cuenta en la oferta las obligaciones previstas en las Cláusulas 30, 31, 31bis y 31ter del PCAP.

La cláusula 4.2 del PPT, relativa a la descripción del servicio de centralita indica que este servicio se dará en la plataforma contact center ofertada por el adjudicatario, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones. Los circuitos cabecera están ubicados en las oficinas centrales de Canal Gestión y que la deslocalización del servicio de centralita tendrá en cuenta determinadas premisas.

De dicha cláusula deduce GSS Venture que la utilización del término deslocalización implica su reconocimiento por los pliegos. Añade que la posibilidad de deslocalización internacional está permitida en las aclaraciones al mismo dictadas por Canal de Isabel II Gestión.

No obstante cabe contraargumentar dicha deslocalización no se refiere a la prestación de servicios fuera del país, sino a la posibilidad de que el servicio de centralita se preste desde una ubicación diferente a las oficinas centrales de Canal Gestión, donde actualmente está ubicada.

La deslocalización, además de lo dicho, cuando se realiza parcialmente con el único fin de ganar ventajas competitivas en la ejecución de un contrato concreto, puede ser contraria a principios cardinales de la contratación pública como son los de igualdad y libre competencia, aplicables a los licitadores, pues la ventaja comparativa de las empresas que deslocalizan interesadamente esa actividad supone que no todas las ofertas de las empresas licitadoras tienen los mismos costes y no se pueden comparar en igualdad de condiciones. La reducción de costes en un mismo entorno normativo desencadena una competencia leal y en términos de igualdad, pero cuando las condiciones de comparación son diferentes desencadena una competencia desleal para aumentar la cuota de mercado, eliminando la

competencia y es perniciosa para los países que aceptan la competición de algunas empresas con las reglas de conveniencia de otros.

El principio de igualdad pretende facilitar la competencia igualitaria, en condiciones equivalentes, impidiendo el abuso o el fraude en la aplicación de la normativa fiscal, laboral, o medioambiental, que pueden incidir en el precio del contrato y por tanto en la selección de la oferta. Es decir, la aplicación de la normativa mencionada a los licitadores de un mismo procedimiento de adjudicación en régimen de competencia no solo forma parte de la responsabilidad social corporativa sino que asegura la igualdad de condiciones de los competidores.

El principio de igualdad de trato exige que los criterios de adjudicación estén claramente definidos y se formulen en condiciones de competencia efectiva. Esto implica que la comparación y evaluación de las ofertas se lleve a cabo de manera objetiva y en condiciones idénticas para todos los licitadores, lo que no resulta compatible con que el punto de partida para alguna empresa sea la aplicación de normativa de conveniencia que abarate los costes, evadiendo la legislación vigente en el país receptor de los servicios.

Afirma el profesor Gimeno Feliu en su artículo *“Contratación pública y PYMES: hacia una nueva cultura”*, publicado en el Observatorio de Contratación Pública el 24 de septiembre de 2012, que *“la concurrencia debe ser perfilada desde el cumplimiento del marco normativo social, ambiental, etc. exigible a las empresas del contexto comunitario con el objetivo de no fomentar la deslocalización empresarial y poder comparar ofertas económicas desde el requisito previo de empresas “equivalentes” en lo relativo al cumplimiento de las políticas sectoriales articuladas por lo distintos estados de la Unión, lo que no debe entenderse como un proteccionismo, sino como un instrumento de tratamiento de igualdad entre las empresas (amparado, por demás en el vigente Tratado GATT)”*.

El artículo 39 de la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la

energía, de los transportes y de los servicios postales, y la transposición del mismo que realiza el artículo 90 de la LCSE, admiten la posibilidad de que los poderes adjudicadores, por iniciativa propia o porque así se les exija, mencionen en el pliego de condiciones de un contrato, la autoridad o autoridades nacionales a las que los licitadores podrán dirigirse para obtener la oportuna información sobre las obligaciones relativas a las disposiciones de protección y a las condiciones de trabajo que sean de obligado cumplimiento en el lugar en que se realicen las obras o en que se presten los servicios. Entre esas obligaciones figura la de respetar las normas nacionales derivadas de las directivas comunitarias en materia social. Así se recoge también en la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

Estas condiciones inciden en la preparación de las ofertas particularmente en aquellos contratos en que el componente de la mano de obra es sustancial. Así se garantiza que se apliquen las mismas reglas a todos los licitadores y se ofrece la oportuna claridad jurídica en cuanto a los elementos que han de tomarse en consideración al preparar las ofertas. Conociendo las normas sociales, fiscales y medioambientales que le incumben el licitador no se expone a formular una oferta desproporcionada.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que ajustándose a las exigencias previstas en los pliegos, pueda ser valorada como la económicamente más ventajosa.

Así, podemos traer a colación lo señalado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2008, *Evropaïki Dynamiki*, T-345/03, cuando señala *“El principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las*

empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 141 anterior, apartado 93”.

Las ofertas de los licitadores que no hayan tenido en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones de protección y las condiciones de trabajo indicadas por el poder adjudicador en el pliego de condiciones no podrán considerarse conformes a este último. Es probable que las ofertas de los licitadores que no hayan tenido en cuenta convenientemente estas obligaciones resulten anormalmente bajas con respecto a la prestación, pudiendo, en su caso, rechazarse por ello.

Los poderes adjudicadores que hagan uso de la posibilidad que ofrece la Directiva harán constar la información antes señalada en el pliego y tienen el deber de asegurarse de que los licitadores tengan convenientemente en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones de protección y de las condiciones de trabajo al elaborar sus ofertas, pidiendo a estos últimos que lo mencionen en las mismas, tal como se hace en el modelo de proposición económica del procedimiento objeto de esta reclamación.

La libre circulación de servicios reconocida en el Tratado Fundacional de la Unión Europea supone la exclusión de las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

Así pues, la libre circulación de servicios incluye dos supuestos esenciales. El primero, relativo a la prestación de un servicio en el país de establecimiento del prestador, cuyo destinatario no es nacional de dicho país, sino de otro Estado miembro. Y el segundo, referente a la prestación de un servicio en un país distinto a

aquel en que esté establecido el prestador. En tal caso, el prestador no estará obligado a ejercer su derecho de establecimiento en el país miembro para poder prestar el servicio, bastando con cumplir las mismas condiciones que el país miembro receptor del servicio impone a sus nacionales.

Desde el punto de vista jurídico uno de los problemas fundamentales es la relación jurídica entre la empresa de origen y la empresa deslocalizada. Teóricamente pueden ser dos empresas independientes y haber una relación de subcontratación. La mayor parte de las veces habrá una relación de vinculación entre ambas que puede adoptar la forma de sucursal, establecimiento, o vínculo de coordinación de unidades de un mismo conjunto o grupo económico, situación esencial para abordar el fenómeno concreto y sus consecuencias jurídicas en cuanto a la contratación pública.

El recurso a técnicas de gestión de personal que mediante la deslocalización pueda redundar en una diferente aplicación de la normativa laboral y en consecuencia de la aplicación de diferentes costes sociales es una práctica restrictiva de la competencia en igualdad de condiciones, pues supone prevalerse de una ventaja competitiva adquirida mediante técnicas que pudieran calificarse como fraude de ley si se realiza exclusivamente con fines concurrenciales.

La garantía de la actuación de los sujetos en el mercado solo es posible en la medida en que exista un determinado contexto económico que haga real la libre competencia. Cuando un extranjero está interesado en una licitación pública puede hacerlo cumpliendo los requisitos legales. Si el contratista es un nacional puede establecerse en el extranjero y ejercer su actividad en competencia con las empresas que allí prestan sus servicios. Puede alegarse que todos los potenciales licitadores tienen la posibilidad de deslocalizar su actividad y esto es una prueba de la garantía del principio de igualdad. No obstante, cuando el establecimiento o la sucursal en otro país no tiene por objeto la prestación de servicios destinados a la venta en dicho país, sino que tiene por objeto utilizar instrumentalmente las ventajas económicas que proporcionan su legislación para vender los servicios en el país de

destino, sin que se le aplique la legislación de éste como al resto de competidores, en realidad no se trata de un establecimiento o centro de producción extranjero, sino de una estrategia que utiliza esta posibilidad legal, no para actuar en el país donde se instala, sino en el de origen, evitando la aplicación de la normativa que sí se aplica a los demás competidores que, a consecuencia de esta práctica han perdido competitividad. En esa hipótesis la constitución de la sucursal tiene la única finalidad de interponer figuras mercantiles que eviten la aplicación de unas condiciones laborales y la aplicación de otras. En realidad se procede a la contratación de trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar en España, realizada de conformidad con la legislación de extranjería nacional (artículo 15.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), que no realizan cotizaciones sociales ni pagan sus impuestos sobre la renta, pero que cobran indirectamente de un ente público, para llevar a cabo prestaciones en el territorio, obteniendo una posición de ventaja en el mercado adquirida si no es mediante la infracción de la ley sí mediante la utilización para fines distintos a los que va dirigida.

La defensa de la competencia y la lucha contra las distorsiones de la misma en el sector de la prestación de servicios como consecuencia del empleo de mano de obra barata, el recurso a políticas fiscales beneficiosas o la relajación en la normativa ambiental y la consecuente reducción de cargas para sólo alguna de las empresas, cuando en fraude de ley utilizan este mecanismo de internacionalización, debe suponer el rechazo de dichas ofertas.

En el ámbito fiscal el gravamen de la prestación de servicios a distancia ha sido corregido y la nueva regulación de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido considera que los servicios han sido prestados en el país al que van dirigidos. Esta tendencia correctora de la deslocalización en el ámbito fiscal debe trasladarse también al ámbito sociolaboral.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha utilizado los principios del Tratado Fundacional para eliminar los obstáculos a la libre prestación de servicios por prestadores radicados en otros estados miembros, prescindiendo de

si las reglas resultaban de aplicación indistintamente tanto a los prestadores de servicios nacionales como a los localizados en otros Estados de la Unión.

No obstante, en los supuestos de deslocalización nos referimos a un supuesto distinto cual es la prestación de servicios en un país no comunitario con destino a España. Como hemos dicho la normativa de contratación admite que empresarios extranjeros participen en licitaciones nacionales compitiendo para prestar un servicio desde su país de origen con destino España. Pero cuando es un nacional el que licita compitiendo con otros nacionales, el recurso a la deslocalización para prestar servicios no en el país de asiento sino en el de destino de los servicios que es el nacional, podría suponer un fraude de ley que distorsiona el principio de libre competencia en cuyo caso la oferta debería ser rechazada.

Décimo.- Konecta impugna el hecho de que la oferta del adjudicatario supone segregar indebidamente y en incumplimiento de la literalidad del PPT el lugar de la prestación de los servicios, constituyendo dos plataformas diferenciadas y deslocalizando una de ellas en Perú. Añade además que, según el contenido de las Cláusulas 2.4 y 3.1 del PPT, sólo se admite la presentación de una plataforma principal y otra plataforma de contingencias, cuyo uso está restringido a los supuestos de incidencia en la principal y que dichas plataformas se deberán ubicar en un único local. La admisión de la oferta de GSS Venture incumpliendo el PPT permitiría un trato de favor en beneficio del actual adjudicatario pese a incumplir las condiciones técnicas.

Según el informe del órgano de contratación no hay ningún apartado en los pliegos -tanto en el PCAP como en el PPT- donde se indique que los servicios deban ser prestados desde una única plataforma y desde un único local, así como tampoco se exige -salvo para las oficinas de atención presencial- que el servicio deba ser prestado desde Madrid. De la simple lectura del apartado 3.1 del PPT "*Ubicación Plataforma de Contac Center*" resulta claro que ni se exige una única ubicación para la prestación de los servicios -el tercer párrafo del apartado del PPT expuesto comienza incluso con la expresión "*el local o locales*"-, ni tampoco se exige

que los servicios, salvo el de atención presencial, se presten desde la Comunidad de Madrid.

En trámite de alegaciones GSS Venture defiende que no existe obligación de concentrar los recursos materiales y humanos necesarios para ejecutar el contrato en un solo local.

En este sentido, es necesario señalar que el apartado 3.1 del PPT bajo la rúbrica “*Ubicación Plataforma de Contact Center*” establece lo siguiente:

“El Adjudicatario deberá proveerse de un espacio habilitado para la prestación del servicio del Centro de Atención Telefónica al Cliente y Gestión Escrita. Asimismo, el adjudicatario deberá proveerse de un centro alternativo para poder hacer frente a contingencias del principal, describiendo en el apartado de la oferta técnica que corresponda la descripción del plan de continuidad y los tiempos estimados de restauración del servicio en caso de incidencia en la plataforma principal.

Los licitadores deberán indicar en su oferta, obligatoriamente, la dirección y localización del Centro de Atención Telefónica al Cliente y Gestión Escrita y centro alternativo para contingencias, desde el que van a prestar el servicio. La ubicación de dichos centros no podrán ser modificados, salvo autorización expresa y por escrito de Canal Gestión.

El local o locales, mobiliario, tecnología Multicanalidad, equipos informáticos, software licencias y autorizaciones administrativas, así como cualesquiera otros requisitos necesarios para la instalación del Centro de Atención Telefónica y Gestión Escrita, serán responsabilidad del adjudicatario y a su cargo, así como el mantenimiento, y coste de los distintos suministros, (luz, agua, gas, etc.)”.

La cláusula 2.4 del PPT señala que se entiende por plataforma de contact center (plataforma principal) el “*local donde se prestarán todos los servicios objeto del presente contrato a excepción de Atención presencial, y que deberá proporcionar el adjudicatario*”. Se entiende por plataforma de contingencia el “*local donde se prestarán todos los servicios objeto del presente contrato a excepción de Atención*

presencial, en caso de incidencia en la principal que impida la prestación del servicio desde la misma, y que deberá proporcionar el adjudicatario”.

El informe del órgano de contratación hace referencia a la relación de preguntas formuladas por los licitadores y las contestaciones dadas a todos ellos por Canal de Isabel II Gestión, S.A. antes del plazo de presentación de ofertas, sobre la posibilidad de localizar los servicios fuera de la Comunidad de Madrid.

3.2. En relación a la publicación de su convocatoria (“SERVICIOS DE GESTIÓN y ATENCION AL CLIENTE DE CANAL DE ISABEL II GESTIÓN S.A.”, en el D.O.U.E. (B.O.Nº S231) con Nº 1070691, en el anuncio, apartado 11.1.3 Tipo de contrato y emplazamiento de las obras, lugar de entrega o de ejecución), INDICAN: COMUNIDAD DE MADRID, pero en el pliego no encuentro ningún apartado que indique donde se realiza los servicios tanto el presencial como la plataforma, podrían informarme de este punto?

RESPUESTA DE CANAL GESTIÓN:

Los servicios de atención presencial deberán prestarse en las oficinas comerciales de Canal de Isabel II Gestión S.A. situadas en la Comunidad de Madrid. Respecto a los demás Servicios incluidos dentro del objeto del Contrato, no existe limitación geográfica alguna siempre y cuando la propuesta cumpla con los requisitos técnicos y Clausulado de los pliegos del procedimiento.

De la lectura del referido apartado 3.1 del PPT resulta que se exigen dos locales uno para la plataforma principal y otro para la de contingencias, por eso el segundo párrafo in fine utiliza el plural par indica que ninguno de ellos podrá ser modificado salvo autorización expresa y el tercer párrafo admite “local o locales” teniendo en cuenta que las dos plataformas pueden ubicarse en el mismo o en distinto local pero no se admite que la plataforma principal ni la de contingencias se pueda fraccionar en diversas ubicaciones. No se admite la posibilidad de establecer distintas plataformas principales y/o de contingencia. Por tanto al ofertar que el servicio de averías y daños a terceros, y de comunicación de resolución de

incidencias en el abastecimiento, se realice desde una ubicación distinta a la plataforma principal no se está cumpliendo el PPT. El Pliego que rigió la licitación, es, por lo tanto, inequívoco, en el sentido de exigir que los servicios se presten ordinariamente desde una única plataforma y de impedir, por lo tanto, la deslocalización parcial de los mismos y la consecuente segregación física de la plataforma desde la que se ejecutará el objeto del contrato.

Tal y como resulta de la cláusula 2.4 del PPT, sólo se admite la presentación de una plataforma principal y otra plataforma de contingencias, cuyo uso está restringido a los supuestos de incidencia en la principal. Cada una de dichas plataformas estará establecida en un único local desde el que habrán de prestarse los servicios que son objeto del contrato. Evidentemente ello es incompatible con la “deslocalización” parcial de esos servicios a Lima (Perú).

No es óbice a lo señalado que en determinadas prescripciones técnicas se permita, excepcionalmente, que los agentes del centro principal no se movilicen al de respaldo cuando se prevean otro tipo de acciones que garanticen en todo momento la prestación del servicio, pues lo que demuestran es que la regla general para la prestación de los servicios es la exigencia de una ubicación tal que permita el traslado de los agentes desde el centro principal al de respaldo, es decir la existencia de hasta dos centros.

La consecuencia de que la oferta de un licitador no se ajuste a lo exigido por el PPT, es la exclusión del procedimiento.

Undécimo.- Finalmente, denuncia Konecta que la oferta presentada por el adjudicatario vulnera igualmente la normativa aplicable en materia de protección de datos así como las disposiciones previstas en el PCAP al respecto. En este sentido, la deslocalización en Perú de la prestación de parte de los servicio objeto del contrato bajo un régimen de subcontratación implicará, necesariamente, la cesión de los datos de los usuarios de Canal de Isabel II Gestión, S.A. atendidos por dichos servicios a una entidad ubicada en otro país, lo que la Ley Orgánica 15/1999, de 13

de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal denomina, en sus artículos 33 y siguientes, como “*Movimiento internacional de datos*”, y que está prohibido con carácter general salvo que se realice con destino a países que proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta dicha Ley -para lo que existe un listado oficial de países en dicha situación entre los que no figura Perú- o bien cuando exista autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas. En el presente caso, ni Perú es un país con un nivel de protección equiparable ni existe autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos, por lo que el sistema de prestación del servicio mediante deslocalización en Perú es, en sí mismo, contrario a la normativa española en materia de protección de datos y, por ende, de imposible implantación práctica, lo que determina la inviabilidad originaria de la oferta del adjudicatario y la necesaria exclusión de la misma.

En cuanto al cumplimiento de la legislación de protección de datos manifiesta GSS Venture, en el trámite de alegaciones, que en el caso que nos ocupa el responsable de los ficheros seguirá siendo en todo momento Canal de Isabel II Gestión, siendo el encargado del tratamiento GSS Venture, tal y como se establece en los pliegos y en la oferta presentada. Por ello la relación entre ambos no supone la cesión de datos personales en los términos establecidos en la ley. Además la subcontratación de los servicios de tratamiento de datos es lícita concurriendo la autorización genérica o específica del responsable, supuesto en el que el subcontratista tendrá el carácter de encargado del tratamiento.

La cláusula 32 del PCAP declara que “*El contratista queda expresamente obligado a mantener absoluta confidencialidad y reserva sobre cualquier dato que pudiera conocer o le fuese facilitado con ocasión del cumplimiento o realización de este Contrato, especialmente los de carácter personal o empresarial, que no podrá copiar o utilizar con fin distinto al que figura en este Contrato, ni tampoco ceder a otros ni siquiera a efectos de su conservación*”.

El último párrafo de la citada cláusula 32 dispone que en el caso de que un tercero pudiese tratar o tener acceso a datos personales por cuenta del contratista encargado del tratamiento, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

“....

d) que en caso de precisarse, se obtengan previamente de la Agencia Española de Protección de Datos las autorizaciones marco o autorizaciones singulares por los movimientos de los datos que pudieran producirse. En cualquier caso, el contratista y el subcontratista deberán cumplir la legislación europea y española de protección de datos”.

Considera el Tribunal que no existe la pretendida cesión de datos alegada por Konecta. El artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPD), *“Acceso a los datos por cuenta de terceros”*, excluye la concurrencia de *“cesión”* de datos cuando los datos se ponen a disposición de un tercero *“encargado”* de su tratamiento, distinguiendo así la figura del tratamiento de datos por cuenta de terceros como una excepción expresa a la existencia de una comunicación o cesión de datos: *“No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”*.

Por tanto, en el caso que nos ocupa el responsable de los ficheros que contienen datos personales sobre los que se operará en cumplimiento del contrato, será y seguirá siendo en todo momento Canal de Isabel II Gestión, siendo el encargado del tratamiento GSS Venture, tal y como o se establece en los pliegos y en la oferta presentada. En consecuencia, la relación entre el responsable (Canal) y el encargado del tratamiento (GSS Venture) de los datos, cuyo objetivo exclusivo es que el responsable del fichero o tratamiento sea auxiliado por dicho encargado en el cumplimiento de la finalidad principal que justificó la recopilación de datos del afectado (los usuarios de Canal), no supone cesión de datos personales, tal y como Konecta indica en la alegación de su reclamación. La operativa no tiene por qué suponer necesariamente que los datos hayan de ser tratados por un tercero (subcontratación), puesto que dicho tratamiento puede seguir efectuándolo la propia

GSS Venture en caso de que constituya una sucursal en Perú, supuesto en el que, desde una perspectiva de los sujetos intervinientes en el tratamiento, tampoco se daría una cesión de datos.

Además, aunque se diera la subcontratación que presupone Konecta, tampoco concurriría una cesión de datos desde la óptica de la LOPD, pues conforme al artículo 21 de su Reglamento, la subcontratación de los servicios de tratamiento de datos es lícita concurriendo la autorización genérica o específica del responsable, supuesto éste en el que el subcontratista tendrá el carácter de “*encargado*” del tratamiento, lo que nos remite al artículo 12 LOPD y excluye el concepto de cesión.

La transferencia internacional de ciertos datos personales a Perú, que no es un territorio del Espacio Económico Europeo, precisará la autorización previa de la Agencia Española de Protección de Datos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE en relación al 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar la reclamación presentada por doña R.Q.A., en nombre y representación de KONECTA BTO, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Servicios de gestión y atención al cliente de Canal de Isabel II Gestión, S.A.”, nº de expediente: 279/2014, anulando la adjudicación recaída y el procedimiento tramitado que deberá iniciarse redactando nuevos pliegos.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista

en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.