

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

En Madrid, a 1 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.A., en nombre y representación de Servicios Deportivos S.C., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir la licitación del contrato denominado “Prestación del servicio de socorrismo y de actividades deportivas en la Ciudad Deportiva Espartales”, número de expediente: 40, del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 2 de noviembre de 2016, se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la convocatoria de licitación para la prestación del servicio mencionado, con pluralidad de criterios y un valor estimado del contrato de 309.372,44 euros.

Interesa destacar en relación con el motivo del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 6.B.1, dentro de los criterios que depende de juicio de valor, señala que se valorará con hasta 30 puntos

el *“Proyecto de la gestión de los Servicios objeto del contrato (el proyecto a presentar deberá incluir, al menos, los apartados descritos en el Anexo IV del pliego de prescripciones técnicas y en el orden indicado en el mismo)”*.

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en su Anexo IV indica que el proyecto a presentar deberá incluir en el orden indicado a continuación, al menos, los siguientes apartados:

1.- Estructura y organización de la entidad:

(..)

Previsión de personal y organización de los recursos humanos.

“Relación de personal previsto para la prestación de los servicios con sus correspondientes titulaciones. Presentación cumplimentada de la ficha de cada empleado (según anexo VI)”.

Finalmente, en el Anexo V del PPT (no VI como indica erróneamente el Pliego) se incluye una ficha que se denomina *“Previsión de Recursos Humanos”* en la que han de incluirse además de una fotografía *“obligatoria en color”*, los siguientes datos:

Entidad:

Nombre y apellidos:

Fecha nacimiento:

D.N.I.:

Domicilio:

C.P.:

Población:

Provincia:

Tfno. móvil:

Email:

TITULACIONES DEPORTIVAS (Obligatorio adjuntar fotocopias acreditativas)

TITULACIONES ACADÉMICAS (Obligatorio adjuntar fotocopias acreditativas)

SI ESTUDIA ACTUALMENTE (Tipo de estudios y lugar)

Funciones previstas a desempeñar:

Experiencia laboral en la funciones a desempeñar:

Segundo.- El 17 de noviembre de 2016, previo anuncio ante el órgano de contratación, la representación de Servicios Deportivos S.C., presentó recurso especial en materia de contratación en el registro del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, en el que solicita que se anulen los pliegos por los que ha de regirse el contrato, por lo que se refiere a la exigencia de la ficha de datos del personal incluida en el Anexo citado, entendiendo que *“la identidad de los trabajadores no figura como criterio relevante a la hora de la adjudicación del contrato, puesto que lo que se valora en cualquier caso es el número de trabajadores empleados que propone el candidato, y su titulación, a efectos de valoración de la oferta presentada. En consecuencia, para garantizar la objetividad y transparencia del procedimiento, y la igualdad de trato entre los licitadores, el órgano de contratación no debería conocer la identidad de los trabajadores que prestarán el servicio, cuando además, como se ha expuesto, se trata de un dato irrelevante, toda vez que la identidad de los mismos no es relevante a la hora de valoración de las propuestas”*.

Además alega la dificultad que supone para las empresas contactar con cada uno de los posibles trabajadores teniendo en cuenta que no se trata de un contrato adjudicado. Por último, añade que *“la inclusión de esta exigencia de incluir una ficha con los datos detallados de los trabajadores es arbitraria y contraria a la normativa laboral. En primer lugar, no se puede exigir a los futuros trabajadores que aporten toda esta información, y den su conformidad para su uso y cesión a terceros por parte de la empresa, puesto que, en esa fase del concurso administrativo, esto es, en la fase inicial de presentación de ofertas, no es que no exista aún servicio que prestar, sino que siquiera existe para los ofertantes una expectativa real de que pueda ser prestado. Por ello, no se puede exigir que se acceda a unos datos como si realmente estuviera ya vigente la relación laboral, cuando como se ha expuesto, no existe siquiera expectativa de que se vaya a presar un servicio”*.

Por todo ello solicita se acuerde la anulación del procedimiento.

El órgano de contratación remitió el recurso, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

En el informe, respecto de la exigencia de cumplimentación de la ficha de datos del personal, el Ayuntamiento sostiene que no existe discriminación alguna puesto que *“las exigencias que se requieren en la cláusulas alegadas de parte no discriminan a ningún candidato porque no hay ninguna exigencia restrictiva. En segundo lugar, porque lo que se exige no es excluyente ni definitivo para el contrato, puesto que se trata de exigencias para EL PROYECTO DE GESTION, que solo es un parte de los contenidos a valorar del contrato, y no un requisito de admisión. Se da la circunstancia de que la propia cláusula 13 respecto a la solvencia técnica o profesional recoge en su apartado b, la exigencia de que la empresa cuente con un mínimo de 20 trabajadores para garantizar el servicio. Y esta cláusula no ha sido impugnada requisito cuyo incumplimiento si es considerado como causa de exclusión”*. Añade que *“La exigencia impugnada es una Previsión de personal que se solicita por el contratante con el único fin de poder valorar en el proyecto de gestión la organización de los recursos humanos, que es uno de los parámetros a valorar en el proyecto. Se trata por tanto de una petición respecto a la valoración de los recursos humanos en el proyecto para valorar, la estructura organizativa de la empresa, que demuestra con la relación de trabajadores aportada que tiene un conjunto de recursos adecuados para el servicio” (...)*. *“Lo que se pretende es valorar con mayor garantía un proyecto, y ello no quiere decir que no se valore el proyecto en conjunto para la empresa, donde puede tener unos aspectos más valorados que otros, y mucho menos que se la excluya del proceso. Reiteramos que se trata de una previsión de recursos humanos como se recoge en el pliego, dentro de la valoración de dichos recursos humanos en un proyecto de gestión y no se trata del requisito posterior más exigente de aportación de personal previo a la iniciación del contrato”*. En consecuencia, solicita la desestimación del recurso.

Tercero.- Con fecha 24 de noviembre a Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento de licitación, no habiéndose presentado escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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 los presentes recursos.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha presentado en tiempo y forma, pues la publicación de la convocatoria tuvo lugar el 2 de noviembre de 2016, poniéndose a disposición de los interesados los pliegos el mismo día, y el recurso se interpuso el día 17 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra los pliegos de un contrato de servicios incluido en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, no sometido a regulación armonizada pero cuyo valor estimado es superior a 209.000 euros, por lo que es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Señala la recurrente que la exigencia de incluir en el sobre de la proposición técnica el modelo del anexo V del PPT, cumplimentado con las información de los trabajadores que se prevea emplear, resulta improcedente y

discriminatoria, sostiene además que la no cumplimentación de las fichas conllevaría la exclusión de su empresa del procedimiento.

El artículo 150.1 del TRLCSP establece que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”*, enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva, pues termina con una referencia a “otros semejantes”, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios. En tal sentido, los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación (calidad, precio, cantidad, plazo de ejecución, coste de utilización o rentabilidad técnica).

La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta. Esta diferenciación se ha utilizado, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto C-532/06 (Dimos Alexandroupolis), distingue entre los criterios que pueden utilizarse como “criterios de adjudicación” y “criterios de selección cualitativa” destinados los primeros a la adjudicación del contrato y a la selección de los operadores los segundos. Asimismo establece esta Sentencia normas para la elección de criterios de adjudicación. Así, señala que si bien es cierto

que *“los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1 de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa”. (...)* *“Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa sino que están vinculados, en esencia a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.”*

Es de sobra conocido que los criterios de adjudicación, además de relacionados con el objeto del contrato y dirigidos a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, deben ser objetivos de manera que no impliquen discriminación alguna entre los licitadores, tal y como entre otras muchas se ha indicado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, asunto C-31/87, 47 o en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01 EVN y Wienstrom GmbH contra República de Austria *“Debe recordarse que el principio de igualdad de trato de los participantes en una licitación, que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-0000, apartado 73), significa, por una parte, que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 34)”*.

En el TRLCSP se atiende a preservar este principio de igualdad, entre otras, con la prevención contenida en el apartado d) de su artículo 32 que señala que serán causa de nulidad *“Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de*

forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”

En el caso analizado cabe señalar que la exigencia objeto del recurso, Anexo V del PPT, no está configurada como requisito de solvencia sino que está incluida en un criterio de valoración sometido a juicio de valor, dentro del apartado de estructura y organización de la empresa, sin que tenga atribuida una puntuación específica en este apartado el personal, por lo que su valoración debe entenderse que se hará en conjunto con el resto de apartados del Anexo IV relativo al proyecto de gestión.

El Anexo V impugnado realmente lo que contiene es una ficha personal de los trabajadores, que incluye datos personales y fotografía y aunque no ha de firmarlo el interesado sino el licitador, se advierte al pie del modelo que *“Sus datos van a formar parte del fichero «Actividades deportivas» de la Concejalía de Deportes del Ayto. de Alcalá de Henares para la finalidad de gestión y control de las actividades deportivas. Podrá en todo momento ejercitar sus derechos de acceso, cancelación, oposición y rectificación ante Ciudad Deportiva Municipal, mediante un escrito a las oficinas de Casa del Deporte: Avda. Virgen del Val, 4 de Alcalá de Henares - 28804 (Madrid)”*.

Esta configuración del Anexo hace que vaya mucho más allá de una simple relación del personal y de sus titulaciones, que es lo que prevé el criterio de adjudicación del Pliego, y que además suponga una contradicción, como indica la recurrente, con el propio título del anexo *“Previsión de personal”*, puesto que si es una previsión, en ningún caso se han de incluir datos personales y fotografía.

No podemos compartir el criterio del órgano de contratación sobre que la identidad de los trabajadores sea un aspecto evaluable dentro de un proyecto. La titulación y la experiencia de los trabajadores sí lo es, su identidad personal no, y además esa identidad podría cambiar a lo largo del procedimiento, respetándose las exigencias de titulación y experiencia establecidas.

A mayor abundamiento debe señalarse que si los datos requeridos van a pasar a formar parte de un fichero de datos personales, debe exigirse el consentimiento y la información del titular de los mismos, sin que pueda darlo el licitador, en virtud de lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por todo ello, a juicio de este Tribunal el Anexo V impugnado debe eliminarse del PPT, siendo posible exigir su cumplimentación al licitador propuesto como adjudicatario, en cuanto compromiso de adscripción de medios, previamente a la formalización del contrato y con los requisitos establecidos en la Ley 15/1999.

Habiéndose procedido a la apertura de las ofertas técnicas, ya no es posible retrotraer el procedimiento y considerar el Anexo V como un cláusula no puesta, debiendo por tanto anularse el procedimiento que deber reiniciarse de nuevo si persisten las necesidades, redactándose nuevos pliegos en los términos expresados.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.A., en nombre y representación de Servicios Deportivos S.C., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir la licitación del contrato denominado “Prestación del servicio de socorrismo y de actividades deportivas en la Ciudad Deportiva Espartales”, número de expediente:40, del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, anulando el Anexo V del

Pliego y el procedimiento que deberá reiniciarse si persisten las necesidades, elaborando nuevos Pliegos de acuerdo con el criterio expresado en la presente Resolución.

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.