

**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 don R.M.A., en nombre y representación de Atento Teleservicios España, S.A.U., 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, 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 cuantos puestos por perfiles se ubican en Madrid y cuantos 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, y que aportara 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 22 de mayo, se interpone reclamación por Atento Teleservicios España, S.A.U. La pretensión de la reclamante se concreta en la solicitud de anular el acuerdo de adjudicación, excluir a GSS Venture, S.L. del procedimiento por contravenir su oferta económica lo establecido en los Pliegos reguladores del procedimiento, por no haber acreditado su solvencia técnica y/o profesional, porque no procede tomar en consideración la Plataforma ubicada en Lima ni los documentos requeridos y aportados extemporáneamente con relación a la misma y que procede por parte del órgano de contratación verificar la adjudicación del contrato a la siguiente oferta más ventajosa de acuerdo con la valoración efectuada que es la presentada por Atento Teleservicios.

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.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Konecta BTO que, coincidiendo con lo expuesto en la reclamación contra el mismo acto que ella misma ha presentado y se tramita con el nº 69/2015, mantiene que el trámite de subsanación de la documentación administrativa otorgada a GSS Venture vulnera la legalidad y supone una modificación de la oferta presentada y además no permite acreditar que los medios que se citan están de manera efectiva a disposición de la misma. Añade falta de motivación de la valoración de las proposiciones presentadas por los

licitadores. En consecuencia solicita que se anule el acuerdo de adjudicación notificado y se retrotraigan las actuaciones al momento previo de la valoración de proposiciones o en defecto de lo anterior 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.

También ha formulado alegaciones GSS Venture. Se opone a la reclamación de Atento considerando que no existe infracción en el requerimiento de subsanación de un defecto formal a GSS Venture y que el mismo no supone alteración, variación o adición de la oferta técnica sino únicamente acreditar la disponibilidad de los medios técnicos y equipamiento de los medios a través de una declaración responsable. Afirma que no se produce ninguna infracción en la corrección de erratas de la oferta económica. Tampoco considera que se infringe la normativa laboral porque el convenio colectivo del sector no impone la subrogación de trabajadores y porque en la medida en que la deslocalización de una parte de la actividad en Perú pueda requerir la extinción de una parte de las actuales relaciones laborales vendrá obligada a cumplir con las correspondientes indemnizaciones. Considera que no existe obligación de concentrar los recursos materiales y humanos necesarios para ejecutar el contrato en un solo local puesto que el PCAP admite la posibilidad de deslocalización internacional de la plataforma, motivo esencial de la reclamación, pues el ahorro que supone al deber prestar durante 24 horas incluidos días no laborables supone una importante reducción de costes. Finalmente sostiene que no se produce subcontratación prohibida por los pliegos.

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 la reclamación 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.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato, clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”* de acuerdo a lo dispuesto en el

artículo 102 de la LCSE, pues de estimarse sus pretensiones podría obtener la adjudicación del contrato.

Asimismo se acredita la representación del 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.

Aunque sea de forma indirecta argumenta la reclamante que el órgano de contratación debía haber valorado las ofertas técnicas antes de proceder a la apertura de las plicas económicas.

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 condicione 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 puede ser apreciado de oficio por el Tribunal, y ello 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.- Como causa común subyacente en todos los argumentos del recurso, que invocan defectos procedimentales del expediente de contratación, figura la realización de parte de la prestación objeto del contrato a través de una plataforma en Perú por parte de la adjudicataria, que ha servido para ofertar unos costes económicos inferiores y para justificar la viabilidad de una oferta incurrida en valores anormales o desproporcionados.

La deslocalización consiste en el traslado de una actividad productiva a otros países de menor nivel de desarrollo, para beneficiarse de los menores costes fiscales y de la mano de obra en ellos y supone la sustitución de empleo nacional por extranjero que amenaza el tejido productivo y el trabajo en los países más avanzados donde se producen pérdidas de capital y empleo que entra en competición con el de las economías menos desarrolladas. El efecto más importante es la pérdida de puestos de trabajo en origen, en el país al que van dirigidos los suministros o servicios, donde aumenta el gasto social para atender ese desempleo y la recalificación profesional de los trabajadores.

La deslocalización puede ser atajada con políticas microeconómicas, entre ellas el establecimiento de criterios sociales en la contratación pública.

La Guía de Contratación Pública Sostenible, editada por la Fundación Centro de Recursos Ambientales de Navarra, afirma que resultaría incongruente que obviásemos las consecuencias sociales que implican la contratación de obras, suministros o servicios. Por desgracia, en ocasiones el efecto de la contratación o la externalización de servicios se traduce en empleo precario, mal remunerado, con elevados índices de siniestralidad, o desigualdad en las oportunidades de colectivos con mayores dificultades de acceso al mismo. Por el contrario, con poco esfuerzo se consigue transformar un efecto neutro o negativo en un impacto positivo y altamente reconocido. Por ello sostiene que la contratación pública debe perseguir y contemplar objetivos sociales, actuando como un eficaz instrumento de cohesión social y beneficio a la comunidad. Dentro de su argumentario de la compra pública sostenible afirma que la misma debe colocar a la Administración en posturas ejemplarizantes a la hora de demandar productos y servicios con criterios sociales, e incentivando a las empresas para que evalúen sus cadenas de suministros y revisen sus políticas de empleo.

Los Servicios de la Comisión Europea presentaron el 25 de junio de 2008 un documento de trabajo (orientativo, que muestra la opinión de los Servicios de la Comisión, pero que no puede considerarse vinculante para la Institución) denominado “Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los Contratos Públicos”. Se presenta con la intención de ayudar a las autoridades públicas a desarrollar «estrategias», «programas» o «planes de acción», con el objetivo específico de facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos. Su objetivo es permitir a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas.

El mencionado Código de Buenas Prácticas toma como punto de partida las principales dificultades experimentadas y referidas a las PYME y sus representantes, y recaba la atención de los Estados miembros y de sus poderes adjudicadores sobre

las posibles soluciones a esas dificultades. Los interesados a quienes se consultó durante la preparación del Código acerca de las dificultades que experimentan las PYME a la hora de acceder a los contratos públicos señalan, entre otras fundamentales, la localización de socios en otros países con fines de colaboración e hicieron hincapié en que lo más necesario para facilitar el acceso de las PYME a la contratación no es la introducción de modificaciones legislativas en las Directivas sobre contratación pública, sino más bien un cambio en la mentalidad de los poderes adjudicadores.

El sometimiento de la contratación pública a intereses que escapan a la ejecución del contrato forma parte de lo que se podría denominar responsabilidad social en la contratación pública. Una primera manifestación de esta responsabilidad se puede identificar con la labor de promoción de la normativa laboral que corresponde a la Administración Pública en tanto que actúa como agente económico en el mercado. Así, se trata de evitar que la elección de la oferta económicamente más ventajosa fundamente su ventaja competitiva sobre la merma de las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas concurrentes y también promueve la exclusión de los procesos de adjudicación de los licitadores que incumplan las obligaciones de carácter sociolaboral. Es razonable pensar que la Administración debe asumir una labor promocional del empleo, incluyendo objetivos vinculados con la política de empleo en la contratación pública.

Tal como se recoge en el Informe 1/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, *“Y es que en modo alguno puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europeo, en tanto con tal opción se incrementarán los efectos de la crisis creando una fractura social de difícil recomposición. Es momento de exigir la “calidad” empresarial como parámetro previo para la participación de un proceso de licitación pública, exigiendo como requisito ciertos estándares sociales y ambientales*

(lo que se traducirá en un ajuste del mercado público a empresas “responsables” aunque el precio final que se obtenga por la prestación sea mayor).”

Los principios de eficiencia y competitividad que inspiran la contratación del sector público no pueden estar reñidos con el cumplimiento de la normativa laboral, y la libre competencia no puede suponer que algunos licitadores se vean favorecidos ganando posiciones competitivas a través de la reducción de costes laborales a través de la merma o inaplicación de los derechos legal y convencionalmente reconocidos.

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.

Séptimo.- En relación a la solvencia se alega por la reclamante que se adjudica el contrato a un licitador cuya oferta técnica no cumplía los requerimientos de solvencia técnica y profesional, habiéndosele admitido la acreditación de los mismos con posterioridad a la apertura de las ofertas económicas en el procedimiento. Se ha violado cualquier elemental pauta de igualdad y concurrencia, dado que se ha permitido además a un licitador que llevase a cabo todo ello a la vista del resto de las ofertas presentadas. De hecho, cualquier eventual subsanación, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 12 del PCAP, tendría que haberse producido en la fase establecida al efecto, es decir, inmediatamente después de la apertura del sobre 1 y antes de la apertura del sobre 3, no después, como ha sucedido en este caso. Se ha admitido una deslocalización contraria a los Pliegos, como medio para eludir, siquiera parcialmente, las obligaciones de índole laboral y social impuestas a todos los licitadores. Se ha permitido a uno de los licitadores, en concreto al adjudicatario y al margen de cualquier pauta de procedimiento, que integre elementos esenciales de su oferta técnica, transcurrido el plazo legalmente establecido a dicho efecto. El requerimiento de aportación de los elementos de solvencia es previo y no posterior al acto de apertura de las ofertas económicas, por cuanto solo los licitadores que han acreditado la misma son susceptibles de dicha apertura.

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 en cuanto a la exigencia de 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.

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.

Octavo.- En relación a la subcontratación argumenta ATENTO en su escrito de reclamación que los servicios que GSS Venture se propone deslocalizar en Perú serán prestados bajo un esquema de subcontratación con un tercero, circunstancia contraria a los pliegos de la licitación. La deslocalización de parte del servicio en Perú quebranta la limitación que establece el apartado 10.3 del Anexo I del PCAP, y además se lleva a cabo sin haberse anunciado en la propia oferta, sino posteriormente en sede de “subsanción” y por medio de una entidad excluida del procedimiento.

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.

Argumenta GSS Venture en su escrito de alegaciones que las opciones de subcontratación y actuación propia mediante la constitución de una sucursal han sido durante el proceso de adjudicación y continúa siendo en la actualidad simples y legítimas posibilidades, por lo que no es admisible derivar de la segunda una infracción de las normas que rigen la contratación.

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.- Corrección y/o modificación del importe de la oferta económica del adjudicatario.

ATENTO alega en su escrito de reclamación que el órgano de contratación ha procedido a modificar y a corregir la oferta económica del licitador adjudicatario, no teniendo esta corrección amparo en el PCAP.

La cláusula 11.C) del PCAP establece que el sobre 3 contendrá la proposición económica redactada conforme el modelo fijado en el anexo II. Añade que *“El órgano de contratación no tendrá en consideración la proposición económica cuando la suma de los importes desglosados incluidos en la misma no se corresponda con la cantidad total resultante establecida en dicha proposición económica cuando exista un error superior al 0,5%.*

Cuando la suma de los importes desglosados y/o precios unitarios incluidos en la proposición económica no se corresponda con la cantidad total resultante establecida en la misma, únicamente serán admisibles los errores no superiores a un 0,5% en la proposición económica. En estos casos, se considerará siempre que el error reside en la cantidad total resultante y no en los precios unitarios”. Asimismo establece que en el caso de que el importe de adjudicación tenga más de dos decimales, dicho importe se truncará al segundo decimal, es decir sin redondeos en base al tercer decimal.

El informe a la reclamación de Canal de Isabel II Gestión mantiene que no se modifica la proposición económica del licitador, sino que se limita a aplicar la cláusula 11 del PCAP.

El Tribunal comprueba que el modelo de proposición económica contiene como columna fija, que no se puede modificar, el número de unidades del escenario hipotético de valoración para 4 años, debiendo cumplimentar los licitadores el precio unitario de cada una de las 26 unidades en que desglosa la atención telefónica, atención escrita, atención presencial y atención al back office. El resultado de la multiplicación de cada precio unitario por el número de unidades del escenario hipotético da un precio total de la unidad y la suma de los precios totales unitarios el importe total de la oferta.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la proposición de GSS Venture cumplimenta adecuadamente ambas columnas. Sin embargo, en aquellos casos en que existen decimales, el importe consignado como total unitario no es el resultado de la operación matemática de multiplicación de los importes que figuran en ambas columnas, existiendo pequeñas diferencias. En consecuencia, realizando la multiplicación, la suma total que da el importe de la proposición sería distinta por una cuantía de 33,21 euros. Una posible explicación al error es la utilización de tres o más decimales para la determinación del precio unitario lo que inicialmente daría el precio total consignado, pero que su posterior traslado a la columna de precios unitarios se ha hecho con solo dos, con lo que se ha producido un redondeo en unos casos al alza y en otros a la baja, que hace que el resultado de la multiplicación a esos decimales no sea correcta.

Es admisible la posibilidad de integración o corrección de ciertas omisiones o errores de la oferta económica por el propio órgano de contratación, como así procedería en los supuestos de errores de cuenta. GSS Venture no ha presentado dos ofertas económicas y tampoco ha modificado la misma. Dicho licitador ha presentado una oferta económica en la que ha tenido que corregir, de conformidad

con la cláusula 11 del PCAP, un error de cuenta (de 33.21 €) y los errores formales en que incurría la misma.

La operación de corrección ha de solicitarse al licitador para que aclare el error y manifieste su conformidad con la misma o se niegue a la misma en el caso de que se haya producido incongruencia o inconsistencia en la oferta. Estando regulada en el PCAP la posibilidad de corrección la Mesa de contratación ha actuado correctamente, aplicando lo previsto para este supuesto, sin que ello suponga modificación de la oferta.

Décimo.- En relación al valor anormal o desproporcionado de la oferta adjudicataria.

Estando la oferta de GSS Venture incurso en presunción inicial de valor anormal o desproporcionado, el órgano de contratación requirió a dicha empresa la correspondiente justificación. La baja presentado por dicha empresa se basa:

- En la deslocalización en Lima (Perú) de parte del servicio (concretamente los servicios de atención de averías, daños a terceros y comunicación a los clientes de la resolución de incidencias de abastecimiento).
- En la reducción del número de horas de actividad, y
- En la reducción de costes en el servicio de atención al cliente en oficinas presenciales.

Analizada la justificación aportada y las aclaraciones formuladas al respecto, la Mesa de contratación, atendiendo a los fundamentos expuestos en el informe técnico de fecha 11 de marzo de 2015, acordó que dicha oferta era viable y por tanto la tuvo en consideración.

Al respecto alega ATENTO que GSS Venture ha alterado el número de unidades del modelo de proposición económica. En concreto, señala que GSS Venture indica en los informes aportados para justificar la viabilidad económica de su oferta que va a automatizar un porcentaje de las llamadas que serán atendidas, lo cual debe traer como consecuencia una reducción del importe de su proposición

económica. Argumenta ATENTO que esta automatización deriva en el hecho de que GSS oferta un precio para un número de unidades (llamadas) que no se corresponde, por inferior, con el número de llamadas establecido en el modelo de proposición económica, y que ello supone la alteración de dicho modelo.

GSS Venture traslada al precio unitario del evento la reducción del coste derivada de la disminución de horas que supone la automatización del servicio, circunstancia que hace que la oferta sea de menor importe económico, pero sin reducir en modo alguno el número de eventos reflejados en el modelo de proposición económica que se tienen que tener en cuenta para formular las ofertas económicas. Así resulta claramente del análisis de la propia oferta económica de GSS Venture.

Insiste la reclamante en que el adjudicatario debe subrogarse en los trabajadores del contratista actual. En concreto señala que: *“rigiendo el deber convencional de subrogación- en los términos del vigente Convenio Colectivo de Contact Center”... “cuando el importe de la misma es inconciliable con el coste de las obligaciones laborales incorporadas al anexo del Pliego en las que se identifica la personal a subrogar”*. Considera que el asumir los costes de subrogación impide hacer una oferta económica por el importe de GSS Venture.

Se denuncia que la deslocalización supone el incumplimiento de las cláusulas 30 del PCAP, relativa a las obligaciones laborales, sociales y medioambientales, y 15 del PPT, relativa a los recursos humanos, con efectos de mejora de la oferta económica de GSS Venture respecto de los otros licitadores. Hasta tal punto ello es así, que se notificó a los licitadores el montante de las obligaciones de índole salarial que habrían de asumir por vía de subrogación de acuerdo con el convenio colectivo aplicable. La oferta económica presentada por la adjudicataria resulta claramente incompatible con el debido cumplimiento de esas obligaciones, advirtiendo que el medio empleado para soslayar el cumplimiento de esas obligaciones es la presentación de una Plataforma en Perú que ha aparecido en el procedimiento de forma manifiestamente irregular y anómala.

En primer lugar, debe señalarse que ni la cláusula 31 del PCAP ni la 15 del PPT ni ninguna otra de las cláusulas de los pliegos establecen la obligación de subrogación que vendrá determinada en todo caso por la legislación laboral aplicable al supuesto concreto. A efectos de informar a los licitadores sobre los costes de personal del vigente adjudicatario, la cláusula 15.2 del PPT establece lo siguiente:

“Los datos relacionados con los costes del personal son los declarados por el adjudicatario del contrato vigente, a fecha 18 de noviembre 2014. A estos efectos, se recogen en el “ANEXO 1: COSTES SALARIALES DEL ADJUDICATARIO ACTUAL DEL CONTRATO” los costes salariales de la empresa que presta los servicios en la actualidad”, cumpliendo con el deber de facilitar toda la información necesaria de costes laborales a los efectos de que los licitadores tuvieran la mayor información posible para la configuración de sus ofertas.

Aún en el caso de obligación de subrogación, la extinción de una parte de las actuales relaciones laborales adscritas a la ejecución del contrato, no supone incumplimiento de la legislación laboral siempre que se respeten las condiciones en que tal extinción pueda producirse, pues tal obligación de subrogación no obliga al nuevo contratista a otra cosa que asumir la posición del anterior empleador pero no de manera permanente, pudiendo subrogarse en el personal que presta el servicio y extinguir los contratos en las condiciones de indemnización legales.

La circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste fijado en el convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato a favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias, momento en que sí se puede apreciar el cumplimiento de la normativa laboral. Efectivamente, según la Directiva 2014/25/UE, cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate, las explicaciones de los operadores económicos deben justificar el precio o los costes propuestos y los Estados miembros tomarán las medidas apropiadas para

garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional. En este caso el problema es determinar si la oferta presentada debe ajustarse a la normativa laboral española o a la peruana en cuanto a la plataforma que se propone instalar en Perú.

El considerando 51 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento 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 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 prestan 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”.*

Por tanto, si a pesar de que no se admite la subcontratación salvo en determinadas prestaciones, se segrega una parte de la plataforma principal que tampoco está permitido por los pliegos, el deber de aplicación de la normativa del

lugar donde se prestan los servicios impide la aplicación de la normativa nacional a las relaciones laborales que se ejecuten en Perú.

Finalmente, también en relación a la tramitación del procedimiento contradictorio para determinar la viabilidad de la oferta incurra en baja anormal o desproporcionada el órgano de contratación pidió aclaraciones a GSS Venture sobre el informe presentado para justificar la viabilidad de su oferta.

Esta posibilidad se establece en la doctrina de los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, cuando precisa mayor información de la facilitada inicialmente para determinar si una oferta incurra en presunción de valor anormal o desproporcionado es o no viable, porque tratándose de un procedimiento contradictorio que pretende concluir si la oferta es o no viable, ha de obtenerse la información necesaria para adoptar una decisión.

Undécimo.- ATENTO argumenta en su reclamación que la propuesta del adjudicatario de deslocalizar determinados servicios de atención al cliente a una plataforma situada en Lima (Perú) infringe los pliegos del procedimiento ya que deslocaliza parcialmente la prestación del servicio. Añade además el reclamante que, según 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.

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 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 ATENCIÓN 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”.

Debemos partir de la constatación de que efectivamente el PCAP no exige una ubicación geográfica concreta. 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 para indicar 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 puedan fraccionar en diversas ubicaciones. 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.

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).

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 don R.M.A., en nombre y representación de Atento Teleservicios España, S.A.U., 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.