

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

En Madrid, a 12 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Ferrovial Servicios S.A.U., contra el Acuerdo de Vicealcaldesa del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 14 de marzo de 2022, por el que se adjudica el contrato de servicios de *“apoyo a la gestión de la atención personalizada a través de los canales de atención a la ciudadanía de Línea Madrid”*, número de expediente 300/2021/00377, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 14 de diciembre de 2021 en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 92.480.858,19 euros y su plazo de duración será de 46 meses prorrogable hasta un máximo de 58 meses.

A la presente licitación se presentaron 5 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- Antecedentes

Tras el conocimiento de las ofertas presentadas y la solicitud de subsanación de documentación a dos de ellas, se procede por la mesa de contratación a excluir la presentada por Abai Bussiness Solutions declarando válida la licitación para el resto de propuestas.

En fecha 31 de enero, se reúne de nuevo la mesa de contratación en su cuarta sesión, para proceder a la valoración de los criterios basados en juicios de valor y a la apertura de los criterios valorables en cifras o porcentajes.

Posteriormente, la mesa de contratación, en sesión celebrada el día 9 de febrero de 2022, procede a la valoración de los criterios evaluables automáticamente y propone la adjudicación del contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía denominado *“Apoyo a la gestión de los canales de atención a la ciudadanía de Línea Madrid”*, a las empresas NTT DATA SPAIN BPO, S.L.U. y NTT DATA SPAIN, S.L.U., bajo compromiso de constitución de UTE, al ser la mejor oferta para los intereses municipales en relación calidad-precio.

En su sesión del día 2 de marzo de 2022, la mesa de contratación del Área de Gobierno de Vicealcaldía, determina que la documentación previa obligatoria para la adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 LCSP, es correcta ya que la misma se ajusta a lo requerido en el PCAP que rige la presente contratación.

Posteriormente, y antes de la adjudicación, la entidad Ferrovial Servicios, S.A.U. (en adelante Ferrovial), solicita toma de vista del expediente en tres ocasiones, materializándose estas los días 10 y 23 de febrero y el 10 de marzo de 2022.

La adjudicación del contrato, tuvo lugar por Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Vicealcaldía, el día 10 de marzo de 2022, siendo notificada a las

entidades licitadoras el día 14 de marzo y publicada en el perfil de contratante el mismo día.

Tercero.- El 5 de abril de 2022 entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Ferrovial en el que solicita la exclusión de la oferta de la UTE adjudicataria basada en diversos motivos que se analizarán en los fundamentos de derecho.

El 8 de abril de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 24 de mayo de 2022, la UTE adjudicataria presenta su escrito de alegaciones del que se dará amplia cuenta en el fundamento de derecho quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 14 de marzo de 2022 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 5 de abril de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del contrato en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar a conocer el fondo del recurso, este Tribunal quiere recordar a las partes la naturaleza del recurso especial de contratación, que sin ánimo de extensión innecesaria o de reflexiones jurídicas pormenorizadas, su objetivo se basa en la resolución rápida y eficaz de las controversias que se produzcan en la tramitación y adjudicación de los contratos, con el único fin de su resolución antes de que se formalicen o adquieran derechos que después puedan verse alterados con el consiguiente perjuicio a terceros.

Para el logro de dicho objetivo todos los intervinientes, debemos colaborar de forma proactiva, de lo contrario es imposible alcanzar dicha meta.

Esa actuación debe ser en primer lugar asumida por los recurrentes, que como consta en nuestra página web, se recomienda y se ruega que sus escritos no sobrepases los 25 folios, en esta ocasión Ferrovial ha presentado un escrito de 149 folios, que desde luego se podría haber resumido perfectamente si hubiera dejado de repetir los motivos facticos hasta la saciedad y si no hubiera desplegado toda una batería de resoluciones y sentencias que este Tribunal sobradamente conoce.

La actuación del recurrente ha llevado al órgano de contratación a elaborar un informe, que por efecto simpático al recurso se alarga excesivamente hasta alcanzar las 49 páginas.

Por último el adjudicatario, en vista de los antecedentes remite escrito de 90 páginas para salvaguardar sus derechos, aunque sea dicho es el que mejor resume la situación de facto y alega de *iuris*.

Para que este Tribunal pueda mantener su eficacia los escritos de todas las partes no pueden ser de volúmenes tales que hagan imposible su comprensión en estudio y resolución en los plazos de tiempo que normalmente son resueltos los recursos.

Dicho lo cual, pasamos a resolver el recurso planteado por Ferrovial. Varios son los motivos que alega en su escrito, siendo necesaria su diferenciación por la necesidad de tratarlos de forma diferente.

Como primer motivo de recurso se alegan las consecuencias de la contratación por parte del Ayuntamiento de Madrid a Evertis (hoy NNT) de un estudio sobre los sistemas de líneas de atención ciudadana, mediante un contrato menor en el año 2020.

Ferrovial alega que de dicho estudio se extraen las siguientes conclusiones:

1.- Evertis (hoy NTT) no puede participar en la licitación por poseer información privilegiada y no compartida con el resto de licitadores.

2.- NTT podría estar incurso en una prohibición de contratar según se determina en el artículo 70 y 71 de la LCSP.

3.- NTT no ha dado a conocer su participación en la confección de los pliegos de condiciones de la actual licitación.

4.- Como concedora de todos los puntos que aparecen en los pliegos de condiciones se encuentra en una situación de ventaja a la hora de:

a) Conocer el nuevo modelo de gestión del sistema.

b) Determinar el precio con el que concurre a la licitación y que ningún otro participante ha sido capaz de determinar.

c) Gozar de un plazo de casi dos años para confeccionar su oferta, en lugar de los 28 días que el resto de licitadores han tenido para ello.

5.- Mediante el contenido del estudio efectuado por Evertis se ha procedido a una variación total del sistema de gestión del servicio, la inclusión de nuevas formas de determinar los precios, de facturar y nuevos criterios de adjudicación, que producen un desigual trato entre NTT, concedora de estos y el resto de licitadores.

A este respecto el Ayuntamiento de Madrid considera:

1.- El contrato menor que se menciona y que parece provocar el recurso especial que nos incumbe, era público desde el año de su ejecución, es decir, 2020.

2.- El Ayuntamiento de Madrid en el legítimo uso de sus competencias y en la constante intención de mejora en la calidad de sus servicios, solicitó un estudio comparativo con otras entidades públicas y privadas que sirviera para incluir o no distintos servicios y sobre todo para testar el que estaba ofreciendo.

3.- Los pliegos de condiciones no se han elaborado a partir del estudio efectuado por Evertis, se han elaborado a partir de los anteriores pliegos que datan de 2017 al que se han incorporado por un lado las mejoras ofrecidas por el contratista que casualmente es Ferrovial y por otro lado con el intento de solucionar problemas

que se han ido planteando en la ejecución del contrato aún vigente con el mismo objeto que el que hoy licitado.

4.- El modelo de gestión es prácticamente el mismo que el recogido en los pliegos de condiciones que rigieron la licitación de este contrato en 2017. Aporta un cuadro comparativo en el que se comprueba por este Tribunal que los cambios se deben más a la evolución e innovación tecnológica que a las características esenciales del servicio.

5.- Considera que todas las alegaciones que efectúa Ferrovial, tanto en lo que respecta a la participación de NTT como al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas, como a la forma de facturar, criterios de adjudicación y demás pormenores enunciados a lo largo de su recurso, recaen en el contenido de los pliegos. Por tanto, debería haber sido en aquel momento procesal de convocatoria de la licitación cuando tendría que haber recurrido estos documentos y no ahora extemporáneamente.

Por su parte el adjudicatario en su escrito de alegaciones, de forma resumida y muy clarificante, manifiesta:

1.- Que Ferrovial ha sido desde el año 2012 la contratista de este servicio y que si alguien conoce bien tanto su desarrollo como los problemas que con el tiempo han podido surgir es ella misma. Hace especial mención al silencio en el recurso de esta incidencia. Como bien sabemos siempre se tiende a considerar que el contratista cuenta con información privilegiada por su posición como tal.

2.- El contrato menor elaborado a petición de Ayuntamiento de Madrid, que tuvo un plazo de ejecución de un mes, no puede alcanzar ni de lejos la redacción de unos pliegos de condiciones complejos como los que nos ocupan. Fue como ha manifestado el órgano de contratación, un trabajo de estudio y comparativa, ajeno a la redacción de los nuevos pliegos y casi dos años previo a éste momento.

3.- Considera que Ferrovial, en este recurso, lo que está haciendo verdaderamente es recurrir los pliegos de condiciones: sus prescripciones técnicas, su forma de facturar etc., por lo que inevitablemente debe inadmitirse por extemporáneo.

Vista la posición de las partes, este Tribunal en primer lugar no admite la prueba presentada ni por Ferrovial ni por NTT, consistente en sendos informes periciales de parte, pues no estamos ante un problema de interpretación técnica sino ante un problema de interpretación jurídica para el cual no se precisa prueba alguna.

Comprobamos efectivamente que Ferrovial ha sido y es aún el contratista del servicio desde 2012, dato de por sí interesante que ha sido omitido. Consideramos de especial importancia esta realidad por varias razones:

Primera.- Conocimiento del servicio, debilidades y fortalezas de este.

Segundo.- Conocimiento o deber de conocer la existencia de un estudio sobre el servicio.

Tercero.- Conocimiento de determinados cambios en la forma de gestión al haber sido mejoras en su día propuestas por ella o bien admitidas en ejecución del contrato.

Coincidimos con el órgano de contratación y con el adjudicatario que el diseño de unas especialidades técnicas en el sistema objeto de la contratación y plasmadas en el PPTP, denominadas por el recurrente como sistema de gestión, así como la forma de calcular el precio, la forma de facturar los servicios, los costes laborales, los criterios de adjudicación y, por supuesto, la forma de migrar los datos y los servidores a utilizar, aparecían todos ellos en los pliegos de condiciones.

Como es sabido, los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29

de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Por todo ello se desestima el motivo de recurso en base al contenido de los pliegos de condiciones y expediente de licitación, por haber sido admitido su contenido íntegro y sin reserva alguna por Ferrovial al presentar su oferta, todo ello de conformidad al art. 139.1 de la LCSP.

Como segundo motivo de recurso, Ferrovial solicita la exclusión de la propuesta presentada por NTT y, consecuentemente, su clasificación como primera oferta.

Se basa para esta pretensión en los siguientes motivos:

- En el DEUC no indica que ha participado en la redacción de los pliegos de condiciones. A este respecto enuncia la posible causa de prohibición de contratar que reclama tramitar al Ayuntamiento de Madrid.
- Aporta una oferta sobre el precio unitario fijo de servicios automatizados de 0,01€ para obtener la máxima puntuación en este apartado, pero que luego se ve incrementada por el precio a abonar por los servicios prestados, lo que supone manejar una forma de presupuestar desconocida para el resto de licitadores y que solo quien la formuló puede conocer.
- Incumplimiento de los requisitos técnicos en cuanto a los equipos a suministrar y en especial a los monitores que tendrían que ser de 22 pulgadas mínimo, procediendo NTT a ofertar equipos portátiles.
- Incumplimiento en cuanto a que condiciona su oferta al coste de la migración de datos.
- Incorrecta puntuación en el criterio de valoración de absorción de los trabajadores que actualmente prestan el servicio por existir un acuerdo de Ferrovial por el que estos trabajadores no podrán ser contratados por otra empresa.
- La oferta de NTT incumple el servicio de mensajería inmediata.

A estas consideraciones tanto el órgano de contratación como el adjudicatario, de forma más clara y contundente, defienden sus posturas con los siguientes argumentos:

- En relación a la falsedad en el DEUC y la posible causa de prohibición de contratar, insisten en que, ni en su momento Evertis ni en la actualidad NTT,

han participado en la elaboración de los pliegos de condiciones que rigen la actual licitación.

- En cuanto a la oferta del precio, ambos consideran que esta forma de facturar fue impulsada por la propia recurrente durante la ejecución del todavía actual contrato. El desconocimiento de la forma de aportar el precio, solo puede explicarse por la diferencia de su expresión de unos pliegos a otros, no obstante ambos indican que ha sido una decisión municipal en aras de su competencia para decidir sus necesidades de contratación.
- En este punto el adjudicatario, hace notar que las diferencias de precios y con ello de puntos han sido mínimas entre todos los licitadores y así han obtenido los siguientes puntos: Konecta 35,00; NTT 34,6; Atento 34,2 y Ferrovial 33,7.
- En cuanto a la aportación de los equipos informáticos, NTT considera que mejora la oferta con equipos portátiles en lugar de torres. Recordando que entre los utillajes a entregar se incluye el ratón, el monitor externo, los cables necesarios y aquellos otros elementos que se precisen. Incluyendo copia de su oferta en este extremo en su escruto de alegaciones y asumiendo, además de por su escaso coste, la inclusión en dichos suministros de los correspondientes monitores. A mayor abundamiento destaca el mínimo coste de tales equipos en comparación con el valor estimado del contrato.
- Por lo que se refiere a la migración de datos, tanto el órgano de contratación como el adjudicatario ponen en evidencia que dicha migración le corresponde al contratista saliente, no al adjudicatario entrante tal y como se establece en el PPTP. En consecuencia, la referencia al coste que incluye la oferta de NTT se debe de interpretar *ad cautelam* el incumplimiento por parte del contratista saliente, Ferrovial, de dicha obligación.

A la vista de las manifestaciones de la parte recurrente, del órgano de contratación y de la adjudicataria debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020, de 13 de noviembre, o la 187/2019, de 16 de mayo, “cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de*

contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados' tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”.

En el presente caso, la valoración del órgano de contratación coincide con el sentido de las manifestaciones y de la empresa adjudicataria que se consideran suficientemente detalladas.

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha admisión y valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal *“arbitrariedad”* en el juicio técnico, en la admisión y valoración realizada a la oferta del adjudicatario, ni falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Especial referencia debemos hacer en cuanto a la posición del Ayuntamiento de Madrid en relación con el criterio de adjudicación que concede un máximo de 20 puntos por el mantenimiento de la actual plantilla y que es considerado como criterio social.

A la manifestación de Ferrovial: *“En este sentido, debe tenerse en cuenta que EVERIS/NTT y FERROVIAL tienen suscrito un contrato en vigor en virtud del cual EVERIS/NTT presta determinados servicios tecnológicos de mantenimiento para FERROVIAL necesarios para el desarrollo del Primer Contrato (en adelante, el **“Contrato de Servicios Tecnológicos de Mantenimiento”**), habiéndose estipulado entre las partes un compromiso expreso a (i) no prestar servicios a cualquiera terceros*

directa o indirectamente relacionados con el objeto del Contrato de Servicios de Mantenimiento (lo que incluye el Nuevo Contrato) así como a (ii) no contratar personal de la otra parte (...)

(Se transcriben los pactos).

*(...)Por tanto, en la medida en que existe un pacto en vigor suscrito entre las partes en virtud del cual EVERIS/NTT, al margen de otros incumplimientos que se deberán dilucidar en su sede correspondiente, vulneraría ese compromiso contractual en caso de contratar a personal de FERROVIAL con las consecuencias económicas que todo incumplimiento contractual lleva consigo, por lo que **no resulta materialmente posible que EVERIS/NTT pueda cumplir con el compromiso del criterio de estabilidad en el empleo del 100% de la plantilla** y, por tanto, está abocado a incumplir un compromiso que ha ofertado y que ha sido valorado positivamente, además, con una puntuación especialmente significativa en el marco de la licitación de referencia (20 puntos). (...) En consecuencia, no cabe otra solución que, ante la imposibilidad de cumplimiento del citado compromiso, se **excluya a EVERIS/NTT de la licitación**".*

*El órgano de contratación opone: "**Finalmente, respecto del incumplimiento del mantenimiento del empleo al haber declarado NTT DATA SPAIN, S.L.U. que mantendrá al 100% de la plantilla**, el convenio de aplicación al contrato objeto del recurso, Convenio Estatal del Sector de Contact Center (Resolución de 29 de junio de 2017 de la Dirección General de Empleo), establece en su artículo 18, el siguiente tenor literal:*

"Artículo 18.- Cambio de empresa de Contact Center en la prestación de servicios a terceros.

Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a:

1.- Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva

plantilla. A estos efectos y para que la nueva empresa contratista pueda dar cumplimiento a las previsiones de este artículo, la empresa saliente tendrá la obligación de proporcionar a la nueva empresa contratista una relación de trabajadores adscritos a la campaña (...)

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

2.1.- Ya se ejecute la campaña en plataforma interna, como en plataforma externa a partir de la publicación del Convenio el 90 % de la nueva plantilla habrá de integrarse con personal que estaba contratado en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubiera estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña.

La obligación de contratar prevista en el presente artículo no entrará en vigor respecto de aquellos empleados que, o bien no pongan sus datos a disposición de la nueva contratista, o bien rechacen, en cualquier momento y por cualquier motivo, los requerimientos fehacientes de la nueva contratista para incorporarse al servicio. (...)

Conforme a lo señalado en este artículo, el apartado 1.5 del Anexo I PCAP, del contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía denominado “Apoyo a la gestión de la atención personalizada a través de los canales de Atención a la Ciudadanía de Línea Madrid”, no establece obligación de subrogación del personal por norma legal, convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general (artículo 130 LCSP), toda vez que de acuerdo con el citado artículo Convenio Colectivo del sector Contact Center, la nueva empresa adjudicataria está obligada a incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente al servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla y a contratar el 90% de la nueva plantilla con personal que estaba contratado en el servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubiera estado prestando su trabajo durante más de doce meses.

Por ello, en el estudio económico se ha tenido en cuenta el referido artículo en cuanto que se deben respetar las condiciones salariales del convenio consolidadas; punto 18.3 (...) y respetar las condiciones salariales extra Convenio, pactadas colectivamente con la anterior empresa, siempre que las mismas estuvieran acordadas con una antelación no menor a seis meses a la fecha de la sucesión". Mismas consideraciones se recogen en el Anexo XIII del PPT, que recoge los costes salariales de la plantilla de la empresa que se encuentra prestando el servicio, que deben ser tenidos en cuenta por los licitadores y que se han estimado para la realización del estudio económico del contrato.

Más allá de estas consideraciones que deben constar en los pliegos del contrato objeto de recurso, no procede que este órgano de contratación valore cuestiones relativas a contratos y/o acuerdos entre empresas privadas.

Si será competencia del órgano de contratación constatar en la fase de ejecución del contrato, el efectivo cumplimiento de la oferta de la entidad adjudicataria, procediendo a aplicar las penalidades correspondientes o, en su caso, la resolución del contrato tal y como consta en el PCAP del mismo".

Por su parte el adjudicatario manifiesta: "En el presente caso, el pliego no recoge por remisión al Convenio Colectivo de aplicación o cualquier otro texto legal una obligación empresarial de contratación del personal, sino que, recordemos, dicha obligación viene impuesta por el ámbito funcional del convenio colectivo de contact center.

Lo que sí prevé el PCAP es una serie de criterios de adjudicación que viene a "premiar" a aquellas empresas que se comprometan al mantenimiento de un determinado nivel de empleo. Es decir, del PCAP no emana una obligación frente a la UTE NTT DATA (y NTT DATA SPAIN, S.L.U.) en relación con la necesaria contratación del personal de la empresa saliente, sin perjuicio de que esta compañía pueda o no tener que afrontar las consecuencias que en su caso deriven de no dar cumplimiento a la garantía de empleo comprometida de forma voluntaria.

Frente a ello, el artículo 18 del Convenio Colectivo del sector de contact center dispone en su artículo 18 un régimen de contratación, que si bien con ciertas

particularidades y condiciones, obliga a la UTE NTT DATA (NTT DATA SPAIN, S.L.U.) a la contratación de un 90% de la plantilla procedente de FERROVIAL.

Resulta por tanto necesario diferenciar entre:

- La obligación de contratación de una parte de la plantilla de la empresa saliente, impuesta por el Convenio Colectivo como un mandato legal y de obligado cumplimiento por parte de la UTE NTT DATA y, por tanto, de NTT DATA SPAIN, S.L.U.. se encuentran legalmente obligada por el artículo 18 del Convenio Colectivo del ámbito estatal del sector del contact center a la contratación de personal procedente de FERROVIAL en los términos y con las condiciones previstas en el citado artículo, sin que tal obligación resulte de ningún modo disponible.

Por tanto, no puede prosperar el intento de la Recurrente de hacer prevalecer una cláusula contractual privada sobre la obligación normativa que NTT DATA SPAIN, S.L.U. y, por tanto, la UTE NTT DATA, poseen con relación a la obligatoria contratación de personal procedente de la empresa saliente, esto es, FERROVIAL, puesto que tal extremo equivaldría a que la autonomía de la voluntad de las partes permitiera exonerar a la mismas del cumplimiento de las normas y leyes existentes

-La diferenciación existente entre el cumplimiento por parte de la UTE NTT DATA SPAIN (y NTT DATA SPAIN, S.L.U.) de los criterios de adjudicación del PCAP, más concretamente en lo referente al compromiso de mantenimiento de un 100% del volumen de empleo y la obligada contratación del personal de la compañía saliente, esto es FERROVIAL, por aplicación del artículo 18 del Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center.

En el presente caso, el pliego no recoge por remisión al Convenio Colectivo de aplicación o cualquier otro texto legal una obligación empresarial de contratación del personal, sino que, recordemos, dicha obligación viene impuesta por el ámbito funcional del convenio colectivo de contact center.

Lo que sí prevé el PCAP es una serie de criterios de adjudicación que viene a “premiar” a aquellas empresas que se comprometan al mantenimiento de un determinado nivel de empleo. Es decir, del PCAP no emana una obligación frente a la UTE NTT DATA (y NTT DATA SPAIN, S.L.U.) en relación con la necesaria

contratación del personal de la empresa saliente, sin perjuicio de que esta compañía pueda o no tener que afrontar las consecuencias que en su caso deriven de no dar cumplimiento a la garantía de empleo comprometida de forma voluntaria.

Frente a ello, el artículo 18 del Convenio Colectivo del sector de contact center dispone en su artículo 18 un régimen de contratación, que si bien con ciertas particularidades y condiciones, obliga a la UTE NTT DATA (NTT DATA SPAIN, S.L.U.) a la contratación de un 90% de la plantilla procedente de FERROVIAL.

Resulta por tanto necesario diferenciar entre:

- La obligación de contratación de una parte de la plantilla de la empresa saliente, impuesta por el Convenio Colectivo como un mandato legal y de obligado cumplimiento por parte de la UTE NTT DATA y, por tanto, de NTT DATA SPAIN, S.L.U.

- El compromiso de mantenimiento del nivel de empleo contenido en el pliego, a efectos de presentación y obtención de una mejor puntuación en el ámbito de la licitación realizada. Por tanto, el pliego no prevé una obligación de contratación de un porcentaje de personal sino un compromiso del licitador de mantener un porcentaje de la plantilla contratada durante el tiempo de duración del servicio”.

Vistas las posturas de las partes, es evidente que el pacto suscrito entre Ferrovial y Evertis (ahora NTT) es cuanto menos leonino, considerando que Ferrovial subcontrata frecuentemente la prestación de servicios de los que es contratista. La participación de las PYMES en la contratación pública es uno de los principios transversales tanto en la Directiva 24/2014 UE como en la LCSP. Admitir que grandes empresas que tradicionalmente han subcontratado parte de los servicios de los que son adjudicatarios planteen como obligatorios para las mencionadas empresas subcontratistas la suscripción de acuerdos que directamente van a influir en futuras licitaciones no puede en ningún caso admitirse, pues podríamos estar ante una cláusula que limita la competencia.

Revisadas el informe técnico de valoración de las ofertas, todas las licitadoras se comprometen a mantener el 100% de la plantilla.

No obstante y a mayor abundamiento, es clave la diferencia que efectúa el adjudicatario en su escrito de alegaciones, es decir, solo en ejecución del contrato se podrá comprobar que efectivamente se cumple con el compromiso adquirido en la oferta, siendo estos actos irrecurribles ante este Tribunal.

Por todo ello se desestima el recurso en los motivos de incumplimiento por parte de la oferta de la adjudicataria de requisitos exigidos por los pliegos de condiciones.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Ferrovial Servicios S.A.U. (en adelante Ferrovial) contra el Acuerdo de Vicealcaldesa del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 14 de marzo de 2022, por el que se adjudica el contrato de servicios de *“apoyo a la gestión de la atención personalizada a través de los canales de atención a la ciudadanía de Línea Madrid”*, número de expediente 300/2021/00377.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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 59 de la LCSP.