



Roj: **SAN 660/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:660**

Id Cendoj: **28079230042017100046**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **08/03/2017**

Nº de Recurso: **322/2015**

Nº de Resolución: **106/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000322 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03541/2015

Demandante: INDES SOFTWARE, S.L.

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a ocho de marzo de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el presente recurso tramitado con el **número 322/2015**, interpuesto por **INDES SOFTWARE, S.L.** representada por la Procuradora D^a Alicia Martínez Villoslada, contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), de 10 de abril de 2015, desestimatoria de la recurso deducido contra la resolución de adjudicación del contrato de "Servicios de desarrollo y mantenimiento de los procesos de tratamiento de datos para las aplicaciones analíticas del Departamento de Informática Tributaria y mejoras en el cliente de la AEAT.

Han comparecido en calidad de demandado la Administración General del Estado, representada por el abogado del Estado; y en calidad de codemandados la entidad OPEN SISTEMAS DE INFOMRACIÓN INTERNET S.L. representada por el Procurador D. Ramiro Reynolds Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Por la representación procesal de la entidad Indes Software, S.L., se interpuso con fecha 12 de junio de 2015, recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), de 10 de abril de 2015, desestimatoria de la recurso deducido por INDEX SOFTWARE, S.L. contra la resolución de adjudicación del contrato de "Servicios de desarrollo y mantenimiento de los procesos de tratamiento de datos para las aplicaciones analíticas del Departamento de Informática Tributaria y mejoras en el cliente de la AEAT.

Admitido a trámite, fue requerida la Administración para la remisión del expediente administrativo.

SEGUNDO .- Recibido el expediente, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante escrito presentado en el 21 de octubre de 2015.

Tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando que « *dicte sentencia en la que, con estimación de la presente demanda contencioso-administrativa, declare la nulidad del Acuerdo de Adjudicación de fecha 17 de febrero de 2015, reconozca el derecho de la Actora a percibir indemnización por daños y perjuicios más los intereses legales que en su momento se determinen.*».

TERCERO .- Por el abogado del Estado se contestó a la demanda mediante escrito presentado el 5 de enero de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO .- Por la entidad codemandada, Open Sistemas de Información de Internet, S.L., se contestó a la demanda solicitando su desestimación íntegra de la demanda.

QUINTO .- Tras acordarse el recibimiento del pleito a prueba y practicarse la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para que tuviera lugar la votación y fallo el día 1 de marzo de 2017, fecha en la que tuvo lugar.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en este proceso la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), de 10 de abril de 2015, desestimatoria de la recurso deducido por INDEX SOFTWARE, S.L. contra la resolución de adjudicación del contrato de "Servicios de desarrollo y mantenimiento de los procesos de tratamiento de datos para las aplicaciones analíticas del Departamento de Informática Tributaria y mejoras en el cliente de la AEAT".

La cuestión sometida a debate en el recurso administrativo especial en materia de contratación y ahora ante esta Sala radica en que la recurrente, que había prestado los servicios sacados a licitación durante un largo periodo de tiempo (en torno a 18 años), considera que la adjudicación del contrato a favor de OPEN vulnera los arts. 138 y ss del Texto Refundido de la Ley de Contrato del Sector Público (TRLCSP) porque la OPEN incorporó a su oferta los perfiles profesionales de los que hasta entonces habían sido empleados de la demandante, y sólo tras la adjudicación, contrató a los mismos.

En concreto sostiene la demandante que se infringía el art. 145 del TRLCSP, según el cual "las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas, sin salvedad o reserva alguna (...). Ello por cuanto la lectura conjunta del apartado 8 del Pliego de cláusulas administrativas particulares y el apartado 7 del pliego de condiciones técnicas, exigía disponer del número de técnicos con la experiencia requerida con el carácter de requisito mínimo imprescindible.

Pues bien, recalca la demandante que al tiempo de publicarse el anuncio de licitación, de presentar la oferta técnica y de ser adjudicado el contrato, OPEN no disponía de los recursos humanos con el perfil requerido en los pliegos e incorporado a su oferta, sino que contrató a los profesionales con el perfil requerido una vez producida la adjudicación, profesionales que hasta ese momento formaban parte de la plantilla de la demandante. De esta circunstancia era conocedora la AEAT, la cual actuó en connivencia con la adjudicataria del contrato.

No se cuestiona en el recurso la corrección de la valoración de los nueve perfiles profesionales adicionales presentados por la adjudicataria OPEN, que le atribuyó el máximo de 40 puntos previsto en la cláusula 11.1 b) de los Pliegos de condiciones administrativas particulares, sino únicamente el hecho de que la adjudicataria no tuviera ya en plantilla los perfiles profesionales ofertados.

Finalmente considera que debe indemnizarse en 108.516,42 € en concepto de lucro cesante.



El Abogado del Estado interesa la desestimación de la demanda al considerar que no es exigible que los trabajadores propuestos en la oferta estén incorporados a la plantilla al tiempo de formular la oferta, sino únicamente el compromiso de aportarlos a la ejecución del contrato, parecer con el que se alinea la codemandada.

SEGUNDO.- El pliego de Prescripciones Técnicas correspondiente a la licitación sometida a examen afirma en su apartado cuarto, bajo la rúbrica, "Equipo de trabajo", que dado el carácter esencial del elemento personal para el desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se llevan a cabo en el ámbito de de la AEAT y la importancia de un conocimiento profundo de los entornos tecnológicos especificados en el propio pliego de prescripciones técnicas para la correcta ejecución del contrato, los licitadores deberán ofertar los perfiles técnicos con la capacidad técnica, los meses de experiencia y las certificaciones exigidas para cada uno de los perfiles en el Anexo II-a para el desempeño de las actividades descritas en este Pliego y deberán acreditarlo de manera obligatoria de acuerdo con lo exigido en el PCAP.

Con esta previsión se revela la importancia del elemento personal en la litación sometida a nuestro enjuiciamiento. Pero es que además el carácter esencial del componente personal se evidencia en el apartado séptimo de las prescripciones técnicas, a tenor del cual "El equipo humano que se incorporará para la ejecución de los trabajos, tras la formalización del contrato, deberá estar formado por las personas relacionadas en la oferta adjudicataria y consecuentemente valorada."

Por lo que se refiere a la concreción en la oferta del elemento personal de singular relevancia, el apartado 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares prevé que en el "Sobre C" habrá de contener <<los perfiles técnicos ofrecidos de acuerdo con el modelo recogido en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas "Cuestionario de personal técnico propuesto". Para cumplimentar dicho anexo I cada perfil técnico deberá ajustarse a lo establecido en el Anexo II de dicho Pliego "Capacitación Técnica">>. Y a ello se añade que <<tanto el número de técnicos como la experiencia y las acreditaciones requeridas en el citado Anexo II se exigen con carácter de mínimo imprescindible, esto es, el personal que se ofrezca deberá cumplir los requisitos incluidos dicho anexo II.>>

TERCERO.- De las condiciones a las que se sometía la licitación que han quedado transcritas en el anterior fundamento de derecho, se desprende que, siendo el elemento personal ofrecido un elemento esencial de la oferta, era preciso especificar su capacitación técnica conforme al pliego de prescripciones técnicas y en el modo que concretamente establecía en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares. Y, más aún, el equipo humano que habría de incorporarse al trabajo tras la firma del contrato, habría de ser precisamente aquel que se concretaba en la oferta.

Ahora bien, en ningún caso se exige en los pliegos que el personal que se ofrece esté ya incorporado a la plantilla de trabajadores de quien formula la oferta, sino que quien resulte finalmente adjudicatario del contrato se compromete a aportar el equipo humano especificado en la oferta. Así se desprende también del apartado 12.3.5 del PCAP, en el cual se establece que quien resulte adjudicatario deberá presentar "compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes para ello de acuerdo con el art. 64.2 TRLCSP. Los licitadores se deberán comprometer a la adscripción de los medios personales y disponer del personal técnico cualificado necesarios para poder prestar el servicio, de acuerdo con los requerimientos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas". Es decir, de acuerdo con el apartado 7 de las citadas prescripciones anteriormente transcritas, el personal concretamente especificado en la oferta.

CUARTO.- La cuestión de si resulta exigible que los licitadores dispongan en el momento del personal necesario exigido en los pliegos con el carácter de elemento esencial que el art. 62.2 TRLCSP permite atribuir a esta exigencia, ha sido ya abordado por esta Sala en la SAN de 7 de octubre de 2015 (rec. 25/2014), en la cual afirmábamos que, tal como en el presente supuesto acontece, el PCAP sólo exigía el compromiso de adscripción de medios una vez se comenzara a adjudicar el contrato, no la disposición efectiva de los mismos en el momento previo a la adjudicación. Seguidamente, en nuestra citada SAN razonábamos -y reiteramos ahora- que, conforme indicaba allí el órgano de contratación " *En todo momento se exige al adjudicatario que garantice que puede adscribir a la ejecución del contrato una serie de medios; esto no significa que deba disponer de los mismos desde un primer momento. Se entiende que el coste del mantenimiento de una plantilla sin asignar a ningún proyecto concreto no es asumible por ninguna empresa. Si la Administración exigiese a las empresas que para participar en un procedimiento tuvieran que tener una plantilla sobredimensionada estaría imponiendo condiciones abusivas e injustas y contrarias a la libre práctica del mercado. Esto es más evidente en un contrato como el que nos ocupa, en el que se exige al adjudicatario que adscriba a la ejecución del contrato 42 perfiles altamente cualificados y con requisitos de formación y experiencia muy dispares*". En este mismo sentido, cabe citar la STJEU de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium SA, T-148/2004, que señala que "En efecto, cualquier licitador que sea seleccionado debe ser capaz de empezar a prestar los servicios en la fecha fijada en el contrato firmado tras el procedimiento de licitación, y no antes de que el contrato le sea



finalmente adjudicado. Exigir que el licitador disponga en el momento de la presentación de su oferta del número de empleados requerido equivaldría a privilegiar al licitador que viene cumpliendo el contrato y desvirtuaría la propia naturaleza del contrato".

QUINTO.- Lo hasta ahora expuesto conduce a la desestimación íntegra de la demanda, pues ninguna infracción del Ordenamiento jurídico se observa en la adjudicación del contrato. Y es que, como también afirmábamos en el citada SAN de 7 de octubre de 2015, si la adjudicataria incumple los compromisos asumidos corresponde al órgano de contratación articular los mecanismos establecidos en los pliegos frente a ese eventual incumplimiento. Pero esta es una cuestión que afecta a la ejecución del contrato y que, en consecuencia, no puede enjuiciarse en este procedimiento, en el que se está analizando la conformidad a derecho del acuerdo de adjudicación.

Por lo demás, no existe prueba indiciaria de ninguna connivencia irregular de la AEAT con el adjudicatario. Y tampoco son objeto de este proceso las relaciones laborales entre los trabajadores de las empresas enfrentadas ni la conducta de estas en su relación competitiva con los trabajadores que, según se desprende de las condiciones de la contratación, son más esenciales que el factor organizativo de las empresas que de ellos se sirven.

SEXTO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede su imposición a la parte demandante.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo núm. 322/2015, interpuesto por la Procuradora doña Alicia Martínez Villoslada, en nombre y representación de **INDES SOFTWARE, S.L.** contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), de 10 de abril de 2015, desestimatoria de la recurso deducido por INDEX SOFTWARE, S.L. contra la resolución de adjudicación del contrato de "Servicios de desarrollo y mantenimiento de los procesos de tratamiento de datos para las aplicaciones analíticas del Departamento de Informática Tributaria y mejoras en el cliente de la AEAT".

CONDENAR en costas a la demandante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.