

Recurso 5/2016**Resolución 50/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 10 de marzo de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA DATA CENTER, S. L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Centros de Teletrabajo para cita previa de Centros de Salud en colaboración con Salud Responde” (Expte. 15002160), convocado por la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, Agencia Pública Empresarial de la Junta de Andalucía, adscrita a la Consejería de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 21 de diciembre de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 245 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento. Asimismo el



citado anuncio fue publicado el 15 de octubre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm 247.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 13.545.000,00 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento no se encontraba la recurrente.

TERCERO. Con fecha 4 de enero de 2016, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INNOVA DATA CENTER, S. L. (en adelante INNOVA) contra los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución; en su escrito de recurso se solicitaba además la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

Una copia del escrito de recurso, junto con el informe al mismo y el expediente de contratación fueron remitidos a este Tribunal, teniendo entrada en el mismo el 8 de enero de 2016. Posteriormente, el 12 de enero de 2016, se recibe en este Tribunal, remitido por el órgano de contratación, informe complementario al del recurso.

Previo petición, con fecha 27 de enero de 2016, se recibe del órgano de contratación el listado de licitadores con los datos necesarios a efecto de notificaciones.



CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 18 de enero de 2016, se remite solicitud a la recurrente para que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la recurrente teniendo entrada en este Tribunal el 20 de enero de 2016.

QUINTO. Previa petición de la recurrente de adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación, y vistas la alegaciones presentadas por el órgano de contratación, este Tribunal en Resolución, de 27 de enero de 2016, acuerda la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, el 28 de enero de 2016 concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el



expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (427/2015, de 17 de diciembre, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales



licitadores, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquel para recurrir, pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de ésta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra algunos de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, siendo su valor estimado de 13.545.000,00 euros, y el objeto del recurso son los pliegos que establecen las condiciones que deben regir la contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.b) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará*



mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el presente caso, el anuncio de la licitación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el perfil de contratante se realizó el 21 de diciembre de 2015, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir de ese día, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 4 de enero de 2016 en el Registro del órgano de contratación, éste se presentó dentro del plazo legal indicado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en su recurso que con estimación del mismo se acuerde la nulidad de los pliegos, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de su aprobación, con las anulaciones y/o adecuaciones de los mismos solicitadas en el cuerpo del recurso.

La recurrente funda su recurso en una serie de motivos que serán analizados en éste y en los siguiente fundamentos de derecho.



En el primer motivo del recurso la recurrente alega que la fijación de un umbral de temeridad referido al precio de licitación, -como hace el presente pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en su anexo VIII “*Una oferta económica podrá ser considerada anormal o desproporcionada cuando su importe suponga una baja igual o superior al 20% respecto al importe total, señalado en el pliego como presupuesto de licitación*”-, es contrario a derecho y vulnera lo establecido en el TRLCSP, por lo que solicita su anulación.

Para reforzar su alegato, la recurrente trae a colación el punto 10 de la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como las resoluciones 214/2014, de 20 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y 10/2015, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso después de justificar, según su criterio, que un 20 por 100 sobre el precio de licitación sería el umbral razonable a partir del cual procedería solicitar a los licitadores la justificación de su oferta, concluye que los parámetros objetivos establecidos en el PCAP para apreciar, en su caso, que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados son efectivamente objetivos y se encuentran plenamente justificados y ajustados a la normativa de contratación pública.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar este primer motivo del recurso. Sobre el particular, es necesario destacar que en materia de contratación, ni la normativa comunitaria ni la nacional establecen que la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación sea contrario a derecho. Inclusive, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, de aplicación en ese ámbito autonómico, admite de forma expresa esa posibilidad en su artículo 91.2 en ausencia de regulación en la documentación del contrato al señalar que “*Podrá presumirse*



que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato”.

Sin embargo, tanto las juntas consultivas de contratación como los órganos de recursos contractuales, con carácter general, no son partidarios de la posibilidad de establecer un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado expresaba en la consideración jurídica tercera de su informe 34/1999, de 12 de noviembre, que “(...) *la determinación inicial o presunta de la temeridad siempre ha de realizarse en comparación con las restantes proposiciones, bien con los criterios matemáticos del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado en el caso de subasta, bien con arreglo a fórmulas o criterios incluidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el caso de concurso.*

Resulta así que una oferta estará incurso en presunción de temeridad por su examen comparativo con otras proposiciones, (...). La proposición económica de cada licitador ha de examinarse comparativamente con las del resto de licitadores y el resultado que se obtenga en orden a la existencia o no de presunción de temeridad ha de ser independiente de la circunstancia del cumplimiento o incumplimiento del tan citado artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad”. Asimismo, la citada Junta insistía en lo anterior en su informe 34/2001, de 13 de noviembre, en el que se remitía al citado 34/1999.

Más recientemente, la Abogacía del Estado en su informe 12/2009, de 27 de marzo, sobre cláusula de un pliego que establece un porcentaje de baja fijo por referencia al presupuesto de licitación, establecía las siguientes conclusiones: “*Primera. No existe norma jurídica que prohíba expresamente la cláusula de*



un pliego que, para determinar las ofertas anormalmente bajas presentadas a un concurso, aplique un porcentaje fijo respecto del presupuesto de licitación.

Segunda. Aunque no exista una prohibición legal expresa de dicha cláusula, debería tenerse en cuenta lo siguiente: a) El empleo de este tipo de cláusulas puede considerarse contrario a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. b) Diferentes instancias comunitarias han cuestionado la conformidad de dichas cláusulas con las Directivas sobre contratación pública de la Unión Europea. c) Dado que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado. d) El cálculo de umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso (y no con un porcentaje fijo predeterminado) proporciona un criterio objetivo para sostener que dicho cálculo es correcto, puesto que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.”

Por su parte, los órganos de recursos contractuales también se han pronunciado en el sentido de no admitir la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación. Así el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 241/2014, de 20 de marzo, con cita de sus resoluciones 42/2013, de 23 de enero y 32/2014, de 17 de enero, señalaba que *«el establecer un umbral de temeridad referido al precio de licitación o que resulta muy bajo respecto a la media de las ofertas, puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las “ofertas con valores anormales o desproporcionados”.*

En efecto, si la función de dicha figura es el establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos –las “ofertas temerarias”–, no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten en determinada licitación con un margen de



baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, pudieran no ser tachadas como “anormalmente bajas” o “temerarias”. Como ha señalado la Comisión Nacional de la Competencia en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia, entre los aspectos que se recomienda evitar en los pliegos se encuentra la utilización de sistemas que señalen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, es decir, el nivel a partir del cual se considerará desproporcionada una oferta, porque “la revelación de esta información puede restringir severamente la competencia”.»

A la misma conclusión llegó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su resolución 80/2014, de 18 de agosto, que anuló una cláusula del PCAP que fijaba el umbral de anormalidad o desproporción en un porcentaje de baja superior al 10 por 100 del presupuesto base de licitación. En ella señalaba con base en el informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que concluía respecto al artículo 152 del TRLCSP lo siguiente: *“Si estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada”.*

Prosigue la citada resolución 80/2014 matizando la conclusión a la que había llegado la Junta Consultiva de Aragón señalando que *“Sin embargo, esa libertad absoluta de los órganos de contratación para la fijación por los órganos de contratación de los parámetros para determinar si una oferta es o no desproporcionada, puede verse matizada por la lectura conjunta de los apartados 1. y 2. del artículo 152 de TRLCSP. Así, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación y los límites objetivos de*



desproporcionalidad se refieren únicamente al precio, como en el caso de los pliegos objeto de recurso, parece que una interpretación sistemática de los dos primeros apartados del citado artículo nos lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso.

(...)

En consecuencia, debe admitirse la pretensión del recurrente de anulación del PCAP por infracción de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, y que en el punto 16 de la carátula el umbral de temeridad está expresado en referencia a un valor absoluto como es el tipo de licitación.”

Por último, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la que hace referencia la citada resolución 241/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la propia recurrente, señala en su punto 10 que “Conocimiento *ex ante* del umbral de anormalidad de las ofertas. Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento *a priori*, es conveniente que los “umbrales de temeridad” de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios. (...).”



En definitiva, y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación como puede ser un porcentaje de bajada sobre el mismo, con carácter general, es contrario a la mayoría de la doctrina de las juntas consultivas de contratación y de los órganos de recursos contractuales. Sin embargo, hay que tener en cuenta como ha puesto de manifiesto el citado informe 12/2009, de 27 de marzo, de la Abogacía del Estado, que la apreciación de una oferta anormal o desproporcionada *“tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado”* por tanto *“no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado”*. Así sigue señalando el citado informe *“La citada sentencia del caso Lombardini-Mantovani declaró que «el objetivo primordial de la Directiva es la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas» (apartado 35 de la sentencia). Por ello, podría ser contraria al principio de concurrencia la cláusula de un pliego que, al fijar la temeridad sin ponderar adecuadamente los precios de mercado, obstaculizara la presentación de ofertas más competitivas.*

Es decir, si el porcentaje fijo elegido por el órgano de contratación no se correspondiera con los precios de mercado (que deberían ser, en todo caso, los del mercado comunitario), podría cuestionarse la legalidad del pliego: Dicho pliego podría vulnerar el principio de concurrencia al obstaculizar la admisión de ofertas que, de acuerdo con el mercado, no deberían ser calificadas como anormales (y, por tanto, deberían ser admitidas a la licitación sin necesidad de que los licitadores las justifiquen). Por ello, el empleo de este tipo de cláusulas presenta también riesgos desde el punto de vista de seguridad jurídica (que se impugne el pliego por inadecuación del porcentaje elegido).

Por el contrario, la fijación del umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso proporciona un criterio objetivo para sostener que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.”



Por tanto, podemos concluir que el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, si dicho umbral se correspondiese con el precio normal del mercado.

En este sentido se ha manifestado la resolución 10/2015, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, alegada por la recurrente, que señala que *“De acuerdo con ello y admitiendo la veracidad de los datos alegados por el Ayuntamiento en cuanto al cálculo de los costes, la concreción de un umbral objetivo de temeridad en un porcentaje del 10% sobre el tipo de licitación no supondría restricción a la libre competencia, ya que se correspondería con el precio normal de mercado de los servicios objeto de contratación y su empleo en el pliego puede admitirse, al estar en consonancia con los parámetros de anormalidad o desproporción referidos a los precios normales de mercado. Por ello, procede desestimar este motivo del recurso.”*

Cabe, pues, examinar las circunstancias que concurren en el presente supuesto. Al respecto, el órgano de contratación en su informe señala que la decisión de establecer dicho límite en relación al presupuesto de licitación en lugar de referenciarlo al conjunto de ofertas presentadas se fundamenta en la estructura de costes en que incurren los contratistas en la prestación del servicio objeto de licitación, con un elevado peso de los gastos de personal los cuales vienen determinados por la aplicación del convenio colectivo nacional del sector de “contact center” y el hecho de que en el sector de actividad propia del objeto del contrato operan tanto empresas que cuentan con la calificación de centro especial de empleo, con importantes beneficios en la cotización a la Seguridad Social, como otras que no cuentan con dicha calificación, por lo que dado el elevado peso de los costes de personal en la estructura de costes del servicio, un parámetro basado en las proposiciones económicas que se presenten no es una referencia útil como umbral objetivo para identificar propuestas susceptibles de



ser consideradas, en su caso, anormales o desproporcionadas, ya que estará sujeta a una gran variabilidad en función del conjunto de propuestas de licitadores -centros especiales de empleo y no centros especiales de empleo- en la conformación de dicha referencia.

Así, alega el órgano de contratación, conforme a la estructura de costes del servicio estimada sobre la base del convenio colectivo aplicable en cuanto a retribuciones y jornada laboral del personal, y los parámetros de tiempos de disponibilidad en puestos de operación y tiempos de ocupación propios de la actividad en base a históricos, del total de costes directos los de personal representan el 88,4 por 100, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social sin tener en cuenta bonificaciones, costes directos a los que añadiendo costes indirectos y beneficio de un 14 y 6 por 100, respectivamente, resulta el precio por unidad de servicio establecido como presupuesto de licitación de 0,525 euros por cita gestionada (según consta en el PCAP).

La aplicación a los indicados costes de personal -a juicio del órgano de contratación- de bonificaciones del 90 por 100 en las cotizaciones a la Seguridad Social para el total de la plantilla de operación supone una reducción del 22 por 100 en los gastos de personal de operación por reducción de las cotizaciones a cargo de la empresa y, por tanto, de un 20 por 100 del precio de la cita gestionada, siendo éste el umbral de anormalidad o desproporción establecido en el pliego.

Atendiendo a que dentro de las prestaciones a contratar el coste de la mano de obra es fundamental y aceptando que los cálculos de los costes alegados por el órgano de contratación en su informe al recurso se han realizado con rigor, el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción del 20 por 100 del precio de licitación en este supuesto no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, al corresponderse dicho umbral con el precio normal del mercado, conforme a la justificación aportada por el órgano de contratación.



En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores y atendiendo a las circunstancias de este caso concreto, procede desestimar este primer motivo del recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de advertirse que el cálculo del umbral de anormalidad o desproporción en función de las ofertas presentadas a cada licitación proporciona un criterio objetivo para sostener que dicho cálculo es correcto, puesto que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.

SEXTO. En el segundo motivo del recurso la recurrente alega que los criterios fijados en los pliegos para acreditar la solvencia económica y financiera son contrarios a la normativa vigente.

Manifiesta la recurrente, con cita de los artículos 75 del TRLCSP y 11.4.a) y 67.7.b)2º del RGLCAP, que lo requerido en el anexo III-B del PCAP “Documentación acreditativa de los requisitos previos. Solvencia económica y financiera” excede de lo dispuesto en el TRLCSP y en el RGLCAP, pues ambos hacen mención a la justificación, como requisito de solvencia, de un solo año dentro del periodo de tres. Sin embargo, el citado anexo exige la presentación de las cuentas depositadas de los últimos tres años y la justificación de un volumen mínimo en al menos dos de ellos.

Concluye la recurrente que el establecimiento de los citados requisitos contemplados en el anexo III-B del PCAP son contrarios a la normativa vigente, por lo que solicita su anulación y posterior adecuación a la misma. Para reforzar su alegato la recurrente trae a colación la resolución 198/2015, de 26 de mayo, de este Tribunal.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el requisito de solvencia económica y financiera exigido no excede de lo dispuesto



en la normativa aplicable ya que, primero, el medio utilizado se encuentra entre los previstos en el artículo 75 del TRLCSP y, segundo, el importe y años para los que se exige dicho volumen anual se encuentra fijado en los pliegos por lo que no es de aplicación el fijado por defecto reglamentariamente que solo rige si ello no está concretado en los pliegos tal como dispone el artículo 11.4 del RGLCAP, lo cual es interesadamente ignorado por el recurrente al reclamar que el importe mínimo de volumen de negocios solo se exija para uno de los tres años.

Con objeto de centrar la controversia, procede reproducir la exigencia que sobre la solvencia económica y financiera se recoge en el anexo III-B del PCAP “Documentación acreditativa de los requisitos previos. Solvencia económica y financiera”. Al respecto en el mismo se establece lo siguiente:

“Se acreditará por los medios que se señalan a continuación:

- Cuentas anuales de los años 2012, 2013 y 2014, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en el que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil

En función de la documentación exigida en el apartado anterior, se considerará que el licitador tiene solvencia económica y financiera si cumple los criterios que se señalan a continuación:

- Que el volumen anual de negocios supere 4.500.000 euros, en al menos dos de los tres años indicados.”

Por su parte el artículo 75 del TRLCSP relativo a la acreditación de la solvencia económica y financiera establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el



anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

b) En los casos en que resulte apropiado, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

c) Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

(...)

3. En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa del importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de ellos. En su defecto, la acreditación de la solvencia económica y financiera se efectuará según lo dispuesto a tales efectos en el apartado 1 del artículo 65 de la Ley.”

Por otra parte, el artículo 67.7.b).2º del RGLCAP establece:

“7. En los contratos de servicios los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes:

(...)

b) Criterios de selección del contratista.

(...)



2.º Criterios de selección relativos a la solvencia económica y financiera del empresario que se aplicarán, especificando uno o varios de entre los siguientes:

- Cifra anual de negocios, o bien cifra anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, en los tres últimos años, con indicación expresa del valor mínimo exigido.*
- En los casos en que resulte apropiado, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, con indicación expresa de los riesgos cubiertos, de su plazo mínimo de vigencia o fecha de vencimiento y del valor mínimo exigido.*
- Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales, con indicación expresa del valor mínimo exigido o del ratio mínimo exigido, respectivamente.”*

Asimismo, el primer párrafo del artículo 79 bis del citado texto refundido, relativo a la concreción de los requisitos y criterios de solvencia, establece que *“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos reglamentariamente para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.”*

Así, solo en el supuesto de que el órgano de contratación no indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y no detallará en los pliegos los requisitos mínimos de solvencia y los medios que se admiten para su acreditación serán de aplicación los establecidos



reglamentariamente para el tipo de contrato correspondiente, esto es los establecidos en el artículo 11.4 del RGLCAP.

En el presente supuesto la recurrente entiende que la solvencia económica y financiera solicitada en el pliego excede de lo dispuesto en los artículos 75 del TRLCSP y 11.4.a) y 67.7.b).2º del RGLCAP, pues hacen mención a la justificación, como requisito de solvencia, de un solo año dentro del periodo de tres. La recurrente para hacer esta afirmación se basa en lo previsto en el primer párrafo de la letra a) del citado artículo 11.4 del RGLCAP que señala que *“El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.”*

Sin embargo, según el citado primer párrafo del artículo 79 bis del TRLCSP y el también mencionado artículo 11.4 del TRLCSP que señala que *“cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación los licitadores o candidatos (...) acreditarán su solvencia económica y financiera, técnica y profesional por los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación”*, solo en los supuestos en los que los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para la acreditación de la solvencia sería de aplicación para el caso de la solvencia económica y financiera el apartado a) del artículo 11.4 del RGLCAP.

Procede pues analizar si en el presente supuesto el órgano de contratación ha cumplido o no con su deber de detallar en los pliegos los requisitos mínimos de solvencia y los medios que se admiten para su acreditación.

Al respecto el citado anexo III-B del PCAP recoge los requisitos mínimos de solvencia *-que el volumen anual de negocios supere 4.500.000 euros, en al menos*



dos de los tres años indicados- y los medios que se admiten para su acreditación -cuentas anuales de los años 2012, 2013 y 2014, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil (...)-. Dichos requisitos mínimos de solvencia cumplen lo previsto en el artículo 75 del TRLCSP y en el artículo 67.7.b).2º, que, como se ha señalado más arriba, establece como posible criterio de selección relativo a la solvencia económica y financiera, la cifra anual de negocios, o bien la cifra anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, en los tres últimos años, con indicación expresa del valor mínimo exigido. Por tanto, no sería de aplicación lo previsto para la solvencia económica y financiera en el apartado a) del artículo 11.4 del RGLCAP, como pretende la recurrente.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, en el presente supuesto no es de aplicación el artículo 11.4 del RGLCAP, alegado por la recurrente, toda vez que los pliegos detallan los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y los medios que se admiten para su acreditación. Procede, pues, con independencia de la vinculación y proporcionalidad al objeto del contrato de la solvencia económica y financiera exigida que no han sido cuestionadas por la recurrente, desestimar este segundo alegato de la recurrente.

SÉPTIMO. En el tercer motivo del recurso la recurrente alega que los criterios fijados en los pliegos para acreditar la solvencia técnica o profesional son contrarios a la normativa vigente.

Manifiesta la recurrente, con cita de los artículos 78 del TRLCSP, 11.4.b) y 67.7.b).3º del RGLCAP, que lo requerido en el anexo III-C del PCAP “Documentación acreditativa de los requisitos previos. Solvencia técnica o profesional y otros requisitos” excede de lo dispuesto en el TRLCSP y en el RGLCAP, en los siguientes aspectos:



1. Con relación al medio 1 (relación de los principales servicios o trabajos del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, realizados en los últimos cinco años), es contraria a la normativa vigente:

- La exigencia de importe anual acumulado en al menos dos de los cinco últimos años, cuando la normativa vigente establece que *“en los pliegos se especificará el importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado durante el año de mayor ejecución del periodo citado, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato”*.
- Y la exigencia de importe de los servicios realizados durante el año 2015, contraviniendo lo referido en el apartado anterior.

2. Con relación al medio 2 (descripción de las instalaciones técnicas desde donde el licitador propone prestar el servicio), éste no aparece referenciado ni en el artículo 78 del TRLCSP, ni en el artículo 67 del RGLCAP.

Manifiesta la recurrente que puede suponerse que el mismo está incluido en los apartados c) ó h) de los artículos 78 del TRLCSP y 67 del RGLCAP, respectivamente, pero en este caso:

- Para el apartado c), se requeriría precisar las funcionalidades y cuantificar las capacidades mínimas exigidas para cada uno de los medios exigidos.
- Para el apartado h), únicamente se requeriría una declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondría para la ejecución de los trabajos, a la que se adjuntaría la documentación acreditativa pertinente. Asimismo, en los pliegos se especificaría la maquinaria, material y equipos que como mínimo deben estar a disposición del empresario, así como las capacidades funcionales mínimas de cada uno de ellos.

Asimismo, añade la recurrente, en la justificación del criterio se observa:



- Que la justificación de un número mínimo de 190 posiciones para el conjunto de sus clientes es contrario al artículo 62.2 del TRLCSP que establece que *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”*. El número de puestos totales para la prestación de servicios a otros clientes no tiene relación directa con el contrato licitado.
- Que la justificación de la curva de actividad del centro desde el que se realizará el servicio debería estar incluida como una consecuencia directa de la adscripción de medios materiales y personales necesarios para la ejecución del servicio.

Concluye la recurrente que el establecimiento de los citados requisitos contemplados en el anexo III-C del PCAP son contrarios a la normativa vigente, por lo que solicita su anulación y posterior adecuación a la misma. Para reforzar su alegato la recurrente trae a colación, al igual que en el motivo de recurso anterior, la resolución 198/2015, de 26 de mayo, de este Tribunal.

Por su parte las consideraciones del órgano de contratación realizadas en el informe al recurso serán expuestas a lo largo del análisis de este tercer motivo.

OCTAVO. Respecto al alegato de la recurrente relativo al medio 1 (relación de los principales servicios o trabajos del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, realizados en los últimos cinco años), el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el punto 3º de la letra b) del apartado 7 del artículo 67 del RGLCAP, limita la exigencia del importe anual que el licitador deberá acreditar como ejecutado al año de mayor ejecución de entre los cinco últimos años, por lo que será modificado en el PCAP estableciéndolo exclusivamente para el año de mayor ejecución, lo cual se realizará de oficio por este órgano de contratación.



En efecto, el artículo 67.7.b).3º del RGLCAP, en lo que aquí interesa establece que *“En los pliegos se especificará el importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado durante el año de mayor ejecución del periodo citado, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato (...)”*. Sin embargo, el anexo III-C del PCAP, en relación con este medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional, exige los siguientes requisitos mínimos a cumplir *“Que el importe anual acumulado supere 2.000.000 de euros, en al menos dos de los cinco últimos años”* y *“Que el importe de los servicios o trabajos realizados en 2015, supere 600.000 euros”*, en clara oposición a lo establecido en el citado artículo 67 del RGLCAP.

Procede, pues, la estimación de este tercer alegato de la recurrente relativo al medio 1 de acreditación de la solvencia técnica o profesional -relación de los principales servicios o trabajos del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, realizados en los últimos cinco años-.

NOVENO. Respecto al alegato de la recurrente relativo al medio 2 (descripción de las instalaciones técnicas desde donde el licitador propone prestar el servicio), en el que manifiesta que éste no aparece referenciado ni en el artículo 78 del TRLCSP, ni en el artículo 67 del RGLCAP, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que, como supone la recurrente, es uno de los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional, concretamente, el previsto en el artículo 78.1.c) del TRLCSP.

Al respecto el citado artículo 78.1.c) del TRLCSP -Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios- establece *“1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

(...)



c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

(...)”

Por otra parte, el artículo 67.7.b).3º del RGLCAP establece:

“7. En los contratos de servicios los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes:

(...)

b) Criterios de selección del contratista.

(...)

3.º Criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional del empresario que se aplicarán, especificando uno o varios de entre los siguientes:

• (...)

• Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa. Cuando en los pliegos se incluya este criterio, en ellos se precisarán las funcionalidades y se cuantificarán las capacidades mínimas exigidas para cada uno de los medios exigidos.

(...)”

De lo anterior si infiere que es posible utilizar como medio o criterio de solvencia técnica y profesional la “*descripción de las instalaciones técnicas*”. Sin embargo, en ese supuesto en los pliegos “*se precisarán las funcionalidades y se cuantificarán las capacidades mínimas exigidas para cada uno de los medios exigidos*”, tal y como alega la recurrente.

En cuanto a las funcionalidades de dichas instalaciones técnicas, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que no ha considerado necesaria



especificación alguna ya que no son otras que las requeridas para la prestación del servicio, conforme a las prescripciones técnicas establecidas en el pliego correspondiente sin que proceda su establecimiento como requisito. Pues bien, este Tribunal no puede compartir lo señalado por el órgano de contratación pues el mandato legal es imperativo, claro, preciso e incondicionado, no otorgando facultad o disposición al órgano de contratación, por lo que su ausencia vulnera lo previsto en las normas que regulan el procedimiento de adjudicación.

En cuanto a las capacidades mínimas exigidas de dichas instalaciones técnicas, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que se encuentran establecidas en el mismo anexo III-C del PCAP.

En efecto, según el citado anexo III-C del PCAP las capacidades mínimas son las siguientes:

“El centro desde el que se propone prestar el servicio debe contar con un número mínimo de 190 posiciones, o puestos de operadores, para el conjunto de sus clientes.

El centro desde el que se propone prestar el servicio debe tener capacidad para prestar el mismo las 24 horas de todos los días del año.

Que la curva de actividad del centro desde el que se propone prestar el servicio acredite que viene recibiendo regularmente más de 15.000 llamadas en el día de mayor actividad, de cada semana”.

En cuanto a la alegación de la recurrente relativa a que la justificación de un número mínimo de 190 posiciones para el conjunto de sus clientes es contrario al artículo 62.2 del TRLCSP, ya que el número de puestos totales para la prestación de servicios a otros clientes no tiene relación directa con el contrato licitado, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la vinculación con el objeto del contrato del número mínimo de 190 posiciones para el conjunto de clientes se explica porque no se exige que dicha capacidad mínima esté dedicada exclusivamente al servicio que se contrata, ya que la gestión de cita previa por el contratista está sujeta a determinados días de la semana y un rango horario fuera del cual el contratista puede utilizar dichos



puestos para dar servicio a otros clientes, lo que no impide su consideración como capacidad instalada para dar servicio a EPES en los días y horas que se le requiera.

Este Tribunal entiende que, con la exigencia de que un licitador para acreditar su solvencia técnica o profesional disponga de una instalación técnica que cuente con un número mínimo de 190 posiciones -puestos de operadores- para el conjunto de sus clientes, el PCAP lo que pretende es que, a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, el licitador debe contar con 190 posiciones, con independencia del número potencial de clientes que pudiera tener, pues es un requisito de capacidad de la instalación técnica que se requiere para licitar, por lo que su vinculación con el objeto del contrato es inequívoca.

En cuanto a la alegación de la recurrente relativa a que la justificación de la curva de actividad del centro desde el que se realizará el servicio debería de estar incluida como una consecuencia directa de la adscripción de medios materiales y personales necesarios para la ejecución del servicio, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la justificación de la capacidad de atender puntas de actividad de hasta 15.000 llamadas sobre la base de la curva de actividad, lógicamente estará relacionada con la cantidad de medios adscritos, pero dicha relación no ha de ser necesariamente proporcional, ya que existen aspectos cualitativos de dichos medios y aspectos procedimentales, experiencia y pericia del personal adscrito, etc., que inciden en el volumen de servicio que cada centro es capaz de prestar.

Indudablemente, a juicio de este Tribunal, el requisito de que la curva de actividad del centro desde la que se propone prestar el servicio acredite que viene recibiendo regularmente más de 15.000 llamadas en el día de mayor actividad de cada semana, es una manera de cuantificar las capacidades mínimas exigidas a las instalaciones técnicas como medio de acreditar la solvencia técnica o profesional y, por lo tanto, conforme a las normas reguladoras del procedimiento de contratación, con independencia de que tal



exigencia pueda ser proporcional al objeto del contrato, circunstancia que no ha cuestionado la recurrente.

A mayor abundamiento, esta exigencia de capacidad del centro desde el que se propone prestar el servicio está íntimamente relacionada con la exigencia de que el mismo cuente con 190 operadores y, por ende, es una consecuencia de ello, pues aquel licitador que disponga de ese número de operadores es que recibe un número de llamadas acorde con ello.

Qué duda cabe que dicha exigencia podía haberla confeccionado el órgano de contratación como una adscripción de medios personales y materiales, como alega la recurrente, en el sentido de exigir a los licitadores un compromiso de adscribir a la ejecución del contrato un centro que pueda recibir más de 15.000 llamadas en el día de mayor actividad de cada semana. Sin embargo, el órgano de contratación ha decidido exigirlo como requisito de solvencia técnica o profesional, posibilidad igualmente lícita como se ha expuesto anteriormente.

En consecuencia, en base a la consideraciones anteriores, en relación con el tercer alegato de la recurrente relativo al medio 2 de acreditación de la solvencia técnica o profesional -descripción de las instalaciones técnicas desde donde el licitador propone prestar el servicio-, procede estimarlo en la parte correspondiente a la necesidad de precisar en el pliego, dentro del criterio de solvencia técnica o profesional, las funcionalidades de las instalaciones técnicas desde donde el licitador propone prestar el servicio, y desestimarlos en el resto de los aspectos.

DÉCIMO. En el cuarto motivo del recurso la recurrente alega que la exigencia de disponer de un sistema de gestión medioambiental de acuerdo a la norma ISO-14001 es contraria a la normativa vigente, por lo que solicita su anulación.

Cita la recurrente, por un lado, el artículo 78.1.f) del TRLCSP “*En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el*



empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato” y, por otro lado, el anexo I-A del PCAP, que, en lo que aquí interesa, establece que el licitador “deberá disponer de un sistema de gestión ambiental según la norma ISO 14001 con certificado emitido por entidad certificadora acreditada conforme a las normas relativas a la certificación.

En todos los casos, los certificados acreditativos que se presenten deberán estar vigentes y referidos al objeto del contrato”.

Concluye la recurrente que, teniendo en cuenta que el objeto del contrato es la contratación de centros de teletrabajo para cita previa de Centros de Salud en colaboración con Salud Responde, la exigencia de disponer de un sistema de gestión medioambiental de acuerdo a la norma ISO-14001 no guarda relación con el objeto del contrato toda vez que el cumplimiento de normas medioambientales no es una exigencia del mismo. Para reforzar su alegato trae a colación la resolución 989/2015, de 23 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso señala, por un lado, que el cumplimiento de la normativa vigente en materia medioambiental sí es una exigencia del objeto del contrato, la cual viene establecida en el apartado 10 -Obligaciones ambientales del contratista- del pliego de prescripciones técnicas (PPT) y, por otro lado, que EPES es una entidad pública que mantiene un elevado grado de compromiso medioambiental, por lo que forma parte de su política el asegurar que las empresas contratistas mantienen a su vez medidas de gestión medioambiental en el desarrollo de su actividad derivada de la prestación de servicios, suministros y ejecución de obras para EPES.

En cualquier caso, concluye el órgano de contratación, a la licitación le es de aplicación el artículo 81.2 del TRLCSP, en cuanto al reconocimiento de certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también en cuanto a la aceptación de



otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que puedan presentar los licitadores.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar este cuarto motivo del recurso. Al respecto, la previsión del anexo I-A del PCAP trae causa de la cláusula 6.2.b) del citado pliego que señala que *“En los contratos sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación podrá exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad, o de gestión medioambiental, conforme a lo dispuesto en los artículos 80 y 81 del TRLCSP”*.

Al respecto, y en relación con las normas de gestión medioambiental, el artículo 81 del TRLCSP establece que *“1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, los órganos de contratación podrán exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental. Con tal finalidad se podrán remitir al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación.*

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios.”

De la lectura del citado artículo 81 del TRLCSP podemos deducir, en principio, que no existe límite al órgano de contratación a la hora de exigir este requisito, salvo el que se haga en los procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta además el artículo 62.2 del TRLCSP que señala que *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario*



y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”, así como el artículo 1 del citado texto refundido que establece que “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

Además es necesario tener en cuenta también el artículo 48.2 de la Directiva 2004/18/CE que establece que “Las capacidades técnicas de los operadores económicos podrán acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios:

(...)

f) para los contratos públicos de obras y de servicios indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato”.

Pues bien, teniendo en cuenta toda la normativa anterior, el requisito de disponer de un sistema de gestión medioambiental requiere no solo que el contrato esté sujeto a regulación armonizada, sino además que así se indique en los pliegos y que su exigencia esté vinculada al objeto del contrato y sea proporcional al mismo, así como que se cumplan los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación. En este mismo sentido, aunque referido a la acreditación de disponer de un sistema de garantía de la calidad, se pronunció este Tribunal en su resolución 74/2013, de 10 de junio, confirmada



por la sentencia, de 9 de octubre de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sala de lo contencioso-administrativo de Sevilla, dictada contra el recurso 456/2013, interpuesto contra la citada resolución 74/2013.

En el presente supuesto además la exigencia de vinculación al objeto del contrato se deduce del propio anexo I-A del PCAP cuando requiere que los certificados acreditativos que se presenten deberán estar vigentes y referidos al objeto del contrato.

Resta, pues, analizar si, como alega la recurrente, en el presente contrato la exigencia de un sistema de gestión medioambiental no guarda relación con el objeto de la prestación o, por el contrario, está vinculada a la misma.

Al respecto, en el PPT se recoge en su cláusula 1 el objeto del contrato, anteriormente citado, y en la cláusula 5 la descripción de los trabajos. Según dicha cláusula 5 los trabajos comprenden:

“En primer lugar se requiere la adaptación de las plataformas tecnológicas externas para recibir las llamadas que se le deriven y poder conectar con la aplicación y las bases de datos de gestión de citas.

Una vez realizadas dichas adaptaciones, el trabajo consiste en:

- Recibir llamadas procedentes de números de red inteligente de Salud Responde, en porcentaje determinado, según día del año, de la semana, y la hora del día.*
- Atender las llamadas recibidas con los parámetros de calidad comprometidos (tiempo medio de descuelgue, duración media de llamada, porcentaje de llamadas perdidas, etc.)*
- Conectar con la aplicación informática de gestión de citas que dispone Salud Responde con los requisitos de seguridad y disponibilidad necesarios para la prestación del servicio.*
- Aplicar los procesos definidos por Salud Responde para la prestación del servicio.*
- Registrar toda la actividad realizada con motivo del desarrollo de los servicios de modo que sea posible la explotación de los datos a efectos de determinar la cantidad de servicios prestados y la calidad de los mismos.*
- Aportar los datos de actividad diaria del servicio que Salud Responde requiera.*



• *Disponer de técnicos de sistemas que configuren el sistema tecnológico y resuelvan las cuestiones técnicas que se planteen en orden a conseguir el adecuado funcionamiento de los sistemas para prestar el servicio en las mejores condiciones posibles. Será responsabilidad de la adjudicataria disponer la infraestructura, instalaciones, mobiliario, equipamiento tecnológico, PCUS, software base y sus correspondientes licencias, PABX, ACD y líneas de teléfono.*

El servicio se prestará en lengua castellana, por lo que será idioma obligatorio para las personas que atiendan las llamadas.

La adjudicataria organizará los cursos de formación de las personas que gestionarán las citas. Con la finalidad de ayudar a las adjudicatarias, pero sin que suponga ninguna obligación para las mismas, ni responsabilidad para Salud Responde, se les facilitará una lista de personas con capacidad docente adecuada para impartir dicha formación. Será a cargo de la adjudicataria todos los gastos que se generen en el desarrollo de los cursos de formación: locales, dispositivos, material docente, honorarios de profesores, etc.

Completada la formación y probado el correcto funcionamiento de las infraestructuras, se fijará la fecha y hora en la que se iniciará el servicio de colaboración con Salud Responde para la gestión de cita previa.”

En concreto, se trata de prestaciones que, tal y como se desprende del objeto del contrato y de la descripción de los trabajos, son de carácter técnico relacionadas con la atención telefónica y con la gestión administrativa que de ello se derive, para las cuales no se entiende la necesidad de exigir la acreditación de normas de gestión medioambiental. Su exigencia supone, por tanto, una discriminación de unas empresas frente a otras, con clara vulneración del principio de concurrencia consagrado en la normativa sobre contratación pública.

La cláusula 10 del PPT -Obligaciones ambientales del contratista-, en la que se establece la necesidad de que el contratista cumpla con la normativa vigente en materia medioambiental, aunque es una exigencia del objeto del contrato no tiene vinculación alguna en el sentido del artículo 62.2 del TRLCSP.

Procede, por tanto, la estimación de este cuarto motivo del recurso.



UNDÉCIMO. En el quinto y último de los motivos del recurso la recurrente alega que para un solo objeto contractual sin división en lotes, conforme se recoge en el anexo VII-3 del PCAP, la selección de las ofertas económicamente más ventajosas y posterior asignación de porcentajes de actividad es contraria a la normativa vigente, por lo que solicita su anulación, o en su defecto, que se establezca dicha selección a través de un acuerdo marco o de la división en lotes del contrato, señalándose los criterios de solvencia adecuados y proporcionales para cada caso.

Alega la recurrente que, a mayor abundamiento, una vez clasificadas las ofertas por orden decreciente, se obvia dicha clasificación para asignar el porcentaje de actividad en función de un único criterio: el precio.

Concluye la recurrente que la normativa actualmente vigente, con cita de los artículos 86 y 196 del TRLCSP, el informe 69/2008, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y la resolución 214/2013, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, tiene previsto, a estos efectos -mas de un adjudicatario en una sola licitación-, el establecimiento de acuerdos marcos o la división del contrato en lotes.

Para un mejor análisis de este motivo del recurso, y con carácter previo a exponer las alegaciones del órgano de contratación, es preciso examinar el anexo VII del PCAP alegado por la recurrente. Dicho anexo VII, sobre criterios de adjudicación y baremos de valoración, establece en su página 1 los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, en este caso solo el precio con un peso de 70 puntos sobre 100; en su página 2, establece los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor con un peso de 30 puntos sobre 100 y con un umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo de 15 puntos de los 30 posibles; y en su página 3, objeto de controversia, recoge lo que denomina el propio anexo



«selección de las ofertas económicamente más ventajosas y asignación de porcentajes de actividad», cuyo tenor literal es el siguiente:

“SELECCIÓN DE LAS OFERTAS ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSAS Y ASIGNACIÓN DE PORCENTAJES DE ACTIVIDAD:

1. Las propuestas serán clasificadas, por orden decreciente, atendiendo a la puntuación total obtenida en los criterios de adjudicación. Serán seleccionadas como económicamente más ventajosas las CUATRO propuestas que hayan obtenido mayor puntuación.

2. Una vez seleccionadas las CUATRO propuestas económicamente más ventajosas, la asignación a éstas de los porcentajes de actividad vendrá determinada, exclusivamente, por el precio unitario conforme a la siguiente distribución:

- A la del precio unitario más bajo, el 35 %*
- A la segunda en precio más bajo, el 30 %*
- A la tercera en precio más bajo el 20%*
- A la cuarta en precio más bajo el 15%*

En caso de que resultaran seleccionadas sólo TRES propuestas, se asignarán los siguientes porcentajes:

- A la del precio unitario más bajo, el 40%*
- A la del siguiente precio más bajo el 35%*
- A la tercera en precio más bajo el 25%*

En caso de que resultaran seleccionadas sólo DOS propuestas, se asignarán los siguientes porcentajes:

- A la del precio unitario más bajo, el 60%*
- A la siguiente el 40%*

En caso de que resultara seleccionada sólo UNA propuesta, se asignarán el 100% de actividad.”

Partiendo de la premisa de que nos encontramos ante un único objeto de contrato, sin división en lotes, el citado anexo VII del PCAP establece la obligación de adjudicar el contrato por partes -que el anexo denomina porcentajes de actividad- a cuatro licitadores distintos, a tres, a dos o a uno en función del número de empresas que hayan presentado oferta. Además



establece la asignación de un mayor o menor porcentaje de actividad del contrato a un licitador o a otro en función únicamente del criterio precio.

Dicho anexo VII trae causa del último párrafo de la cláusula 10.4 *“El orden de prioridad de los criterios de adjudicación y su ponderación se fijarán por orden decreciente en el anexo VII. En este anexo se expresará, en su caso, el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.”*, en la que no se prevé la posibilidad de adjudicar el contrato a más de un licitador.

En cuanto a las alegaciones del órgano de contratación, éste en su informe al recurso señala que el procedimiento establecido para la selección de las ofertas económicamente más ventajosas y asignación de porcentajes de actividad responde a la necesidad de conjugar los siguientes objetivos fundamentales:

1. Diversificación de los centros desde los que se presta el servicio con el fin de minimizar el impacto sobre la ciudadanía de la suspensión del funcionamiento de los mismos, tanto por causas internas de la propia plataforma tecnológica del centro como por causa de la red de comunicaciones a la que se encuentre conectado. Esta diversificación se considera imprescindible para garantizar el correcto funcionamiento de un servicio que es clave para la prestación de asistencia sanitaria a la ciudadanía, y permite que ante ceses de actividad de una plataforma se redirijan las demandas de citas de ciudadanos al resto de centros manteniendo así el servicio prestado por Salud Responde.
2. Facilitar y asegurar la concurrencia de licitadores a la adjudicación del contrato.

A continuación el órgano de contratación en su informe analiza los motivos por los cuales, a su juicio, no es factible la consecución simultánea de los citados objetivos utilizando las alternativas propuestas por la recurrente, esto es la división en lotes o el acuerdo marco. En cuanto a la división en lotes, manifiesta el órgano de contratación, que no asegura la diversificación de las plataformas



tecnológicas o centros desde los que se presta servicio con el consiguiente riesgo de dependencia de una única plataforma, ya que la normativa actual no permite limitar el número de lotes para los que un mismo licitador puede presentar oferta ni limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Vista las alegaciones procede el análisis de este último motivo del recurso. Al respecto, la controversia se centra en determinar si es posible adjudicar un único contrato, sin división en lotes, a varios licitadores o, por el contrario, solo se puede adjudicar a un único licitador.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, no es posible adjudicar un único contrato, sin división en lotes, a varios licitadores, salvo en los procedimientos de contratación centralizada de suministros, obras y servicios para la adjudicación de los contratos de adopción de tipo, regulados en los artículos 206 y 207 del TRLCSP y 193 del RGLCAP, así como en los acuerdos marco, previstos en los artículos 1.5 y 32 de la Directiva 2004/18CE, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y en los artículos 196 a 198 del TRLCSP.

El que solo sea posible adjudicar un único contrato, sin división en lotes, a un solo licitador, se infiere de multitud de artículos del TRLCSP (v.g. 120, 137.2, 151.4.c), 156.3 y 4, 160.1 y 161.1, entre otros).

A esta misma conclusión se llega para el caso de aquellos contratos que, de conformidad con el artículo 86.3 del TRLCSP, se dividan en lotes separados, de tal forma que solo es posible adjudicar un determinado lote a un único adjudicatario, salvedad hecha de los supuestos de contratación centralizada y acuerdos marcos como se ha analizado anteriormente.

Por tanto, la adjudicación de un único contrato, sin división en lotes, o de un lote determinado a más de un adjudicatario vulnera lo previsto en las normas que regulan el procedimiento de adjudicación.



En este mismo sentido, se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en la Recomendación 1/2004, de 9 de junio, sobre tramitación de expedientes de contratación de suministros, que en su recomendación tercera relativa a la división del contrato en lotes señala que *“De todo lo anterior se desprende, a juicio de esta Comisión Permanente, que la adjudicación de cada lote debe corresponder a un solo adjudicatario, debiendo entenderse improcedente la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de previsión alguna que ampare la adjudicación de un mismo lote a varios licitadores, pues la excepción al adjudicatario único está prevista exclusivamente en los procedimientos de contratación centralizada de bienes y servicios para la adjudicación de los contratos de adopción de tipo, regulados en los artículos 32 a 36 del RGCCPM, 183 de la LCAP y 193 de su Reglamento general, así como en los acuerdos o contratos marco, previstos en el artículo 182 de la LCAP y que regula la nueva Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios”*.

En cuanto a la división del contrato en lotes, y en contra de lo alegado por el órgano de contratación en su informe al recurso, con la normativa actual es posible limitar el número de lotes para los que un mismo licitador puede presentar oferta y el número de lotes que puede adjudicarse a cada licitador.

En efecto, la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece en su artículo 46.2 que *“Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes.*

Los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan



presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado.”.

Sobre dicho artículo 46.2, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su informe 19/2014, de 17 de diciembre, sobre previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE, en su conclusión primera ha declarado que dicho artículo, en cuanto a la posibilidad de limitar tanto el número de lotes a licitar como a adjudicar, es plenamente aplicable en la actualidad, criterio que comparte este Tribunal, a pesar de que el periodo de trasposición de la citada Directiva 2014/24/UE aún no ha concluido. Dicha conclusión primera reza así: *“Las posibilidades que recoge la Directiva 2014/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE, relativas a la división en lotes del objeto de los contratos, así como a la opción de limitar el número de lotes a los cuales las empresas pueden presentar ofertas y el número de lotes de los que pueden resultar adjudicatarias, son plenamente aplicables en la actualidad, en los términos indicados en el apartado A de la consideración jurídica I, en la medida que no contravienen el régimen jurídico vigente en materia de contratación pública, tanto comunitario como interno.”*

Procede, pues, la estimación de este quinto motivo del recurso en el que la recurrente alega que para un solo objeto sin división en lotes, conforme se recoge en el anexo VII del PCAP, la selección de ofertas económicamente más ventajosas y posterior asignación de porcentajes de actividad es contraria a la normativa vigente.



DUODÉCIMO. En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede estimar parcialmente la pretensión de la recurrente, anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas y, en ende, retrotraer las actuaciones al momento previo a la elaboración de los mismos, a fin de que en los nuevos pliegos que se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución noveno a undécimo, debiendo convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVA DATA CENTER, S. L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Centros de Teletrabajo para cita previa de Centros de Salud en colaboración con Salud Responde” (Expte. 15002160), convocado por la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, Agencia Pública Empresarial de la Junta de Andalucía, adscrita a la Consejería de Salud, debiendo retrotraer las actuaciones al momento previo a la elaboración de los mismos, a fin de que en los nuevos pliegos que se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en Resolución de 27 de enero de 2016.



TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

