



Recursos nº 919 y 929/2018

Resolución nº 1026/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.P.V. y D. C.B.P. ambos en nombre y representación de SOFTWARE AG ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, SAG) y D. A.D.L.F.K. y D. E.H.G. en representación de INDRA SISTEMAS, S.A. (en adelante INDRA) contra los pliegos de la licitación convocada por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (en adelante GISS) para contratar el *“Servicio de desarrollo y mantenimiento de sistemas de información necesario en la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (Expediente 7206/18G)”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 5 de julio de 2018 se dicta acuerdo de inicio del procedimiento para la licitación del contrato de *“Servicio de desarrollo y mantenimiento de sistemas de información necesario en la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (Expediente 7206/18G)”*. Se publicó anuncio previo de la licitación en el DOUE el 22 de junio de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 20 de junio, siendo finalmente publicados los pliegos en el DOUE y en la PCSP el 16 de agosto de 2018 y el 23 de agosto del 2018 en el BOE.

El contrato está dividido en 6 lotes, y tiene un presupuesto base de licitación de 98.949.729,18 € (IVA incluido).

Segundo. El procedimiento se rige por lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y se siguen los trámites del procedimiento abierto.



Tercero. El 5 de septiembre de 2018 SAG presentó recurso especial en el registro electrónico de este Tribunal, presentando a continuación su oferta ante el órgano de contratación el 6 de septiembre. Recibido el expediente en este Tribunal, se dio traslado a los interesados el 17 de septiembre de 2018 para que formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, sin que ninguno de ellos evacuara el trámite conferido. Este recurso se tramita con el número 919/2018.

Cuarto. El 6 de septiembre de 2018 INDRA presentó recurso especial en el registro electrónico de este Tribunal, presentando a continuación su oferta ante el órgano de contratación el 7 de septiembre de 2018. Recibido el expediente en este Tribunal, se dio traslado a los interesados el 18 de septiembre de 2018, trámite que fue evacuado por SAG mediante escrito presentado el 25 de septiembre. Este recurso se tramita con el número 929/2018.

Quinto. El procedimiento se encuentra suspendido desde el 13 de septiembre de 2018 en virtud de la Resolución de este Tribunal de la misma fecha, por la que se estima la solicitud de medidas cautelares formulada en el recurso 919/2018 y confirmada por resolución de 25 de septiembre respecto del recurso 929/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Ambos recursos se formulan ante este Tribunal en un procedimiento para el que es competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. Ambos recursos se formulan además frente a un acto dictado en un procedimiento de licitación susceptible de este recurso especial y contra un acto recurrible, pues se interpone frente a los pliegos y demás documentación contractual en que se establecen las condiciones que deben regir la contratación (art. 44.2 a) de la LCSP) y en relación con un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros (art. 44.1 a) de la LCSP).

Tercero. Ambos recursos han sido interpuestos en plazo, pues se presentan el 5 y 6 de septiembre de 2018 respectivamente y dado que la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público se efectúa el 16 de agosto y el plazo son quince días hábiles computados desde el día siguiente a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el



artículo 50.1 b) de la LCSP. Además, ambos recurrentes presentaron sus ofertas con posterioridad a la presentación del presente recurso, por lo que se cumple igualmente el requisito establecido en el último párrafo del citado precepto.

Las recurrentes, por lo demás, se encuentran legitimadas para la formulación del recurso, dado que su objeto social se corresponde con el objeto de la licitación, de donde cabe deducir su interés legítimo en el recurso.

En este sentido, y para dar respuesta a las alegaciones formuladas por el órgano de contratación, hay que decir que para considerar que la legitimación concurre basta con que de las pretensiones formuladas se deduzca un hipotético beneficio o la evitación de un eventual perjuicio para el interesado, sin que sea necesario que se acredite ese interés en el éxito de cada una de sus alegaciones, pues las mismas serán objeto de análisis en una fase procedimental posterior. Pues bien, es indudable que en caso de estimarse el presente recurso, se obligaría al órgano de contratación a formular sus pliegos de una forma menos exigente, aumentando además la división en lotes del mismo, lo que sin duda redundaría en beneficio de las recurrentes como eventuales interesadas en la licitación, dado su objeto social.

Cuarto. Señala el artículo 13 del Real Decreto 815/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RD 815/2015):

“1. Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento.

2. Contra el acuerdo de acumulación o contra el de su denegación, que deberán ser motivados, no cabrá la interposición de recurso alguno.”

Ambas recurrentes impugnan unos mismos pliegos y por motivos que son parcialmente coincidentes, lo que revela la íntima conexión entre ambos recursos que exige su resolución acumulada.



Quinto. Ambos recursos se fundan, como se ha dicho, en alegaciones parcialmente coincidentes, que se resumen a continuación:

a) Recurso 919/2018.

La recurrente alega la concurrencia de dos vulneraciones del ordenamiento jurídico que, a su juicio, determinan la nulidad de los pliegos:

-La contravención del principio de máxima división posible en lotes y la falta de motivación suficiente en la división efectuada de los lotes, teniendo en cuenta la complejidad técnica que implica la ejecución de cada uno de ellos que hace que no sea posible formular oferta en solitario por una sola empresa y estando vedada la posibilidad de concurrir en UTE o en colaboración con otras empresas del sector que tengan la suficiente capacidad para acometer los requisitos exigidos, como consecuencia de la Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, lo que supone una vulneración del artículo 99 LCSP y del principio de libre competencia.

-La vulneración del principio de coordinación, en la medida en que la CNMC no permite los pactos entre las empresas del sector, mientras que el GISS establece una división en lotes y unos condicionantes técnicos que solo pueden ser cumplidos mediante pactos entre empresas, lo que redundará en una grave inseguridad jurídica para SAG.

b) Recurso 929/2018:

La recurrente en este caso, invocando similares argumentos, considera que se producen las siguientes vulneraciones del ordenamiento jurídico:

-Se cuestiona la legalidad de la cláusula 22 apartado 1.12 por la que se impone al adjudicatario la obligación de indemnizar a la Administración de cualesquiera consecuencias económicas pudieran producirse en caso de que se produzcan reclamaciones judiciales por cesión ilegal de los trabajadores.

-Se imponen requisitos técnicos que restringen injustificadamente la competencia, dado que tales requisitos sólo pueden ser cumplidos mediante la necesaria colaboración entre empresas del sector, colaboración que le está vedada como consecuencia de la Resolución



de la CNMC de 26 de julio de 2018. En este sentido, considera que las siguientes cláusulas incurren en el citado exceso:

- Determinaciones tecnológicas que exigen el conocimiento en herramientas fabricadas por empresas determinadas (cláusulas 3.5, 3.7 y 3.8). Señala la recurrente que la única posibilidad de poder presentar ofertas cumpliendo dichos requisitos es mediante acuerdos de colaboración con las empresas fabricantes, acuerdos que supondrían vulnerar la resolución de la CNMC ya mencionada.

- Experiencia previa de los recursos humanos adscritos a la ejecución del contrato. Se exige la adscripción al contrato de recursos humanos con un alto nivel de cualificación de entornos tecnológicos muy específicos con una amplia experiencia en ellos (en algunos casos de 36 meses), recursos que además deben tener disponibles en el exiguo plazo de 10 días hábiles, lo que solo podría acreditarse mediante acuerdos de colaboración con otras empresas.

- Solvencia mínima requerida. Dada la especificidad del objeto contractual, la exigencia de acreditar servicios de igual o similar naturaleza por el importe exigido (el 70% del valor estimado) solo podría cumplirse mediante acuerdos de colaboración, colocando a los afectados por la Resolución de la CNMC en una situación de desigualdad, al no poder alcanzar tales acuerdos.

- Equipo inicial previo y altos niveles de calidad de servicio, sin estableciendo únicamente un periodo de transición de tres meses, pero en los que no es posible solapamiento alguno con el proveedor saliente.

- Exigencias relativas a las factorías de software. En relación con este requisito se considera que resulta injustificado y arbitrario, por un lado, porque se trata de recursos muy costosos que solo empresas de un determinado tamaño y volumen pueden disponer y además no se justifica su necesidad para la adecuada prestación del servicio.

- Insuficiente motivación en derecho de la división en lotes, especialmente teniendo en cuenta la Resolución de la CNMC. En este sentido considera que, si se compara con los lotes existentes con arreglo a la normativa anterior, que no imponía la división en lotes, se observa



que únicamente se ha dividido el anterior Lote 2 en los actuales Lotes 2 y 3, lo que implica que no se ha cumplido suficientemente con la previsión legal.

Por su parte SAG en sus alegaciones al recurso formulado por INDRA se limita a adherirse al mismo, remitiéndose a sus alegaciones.

Sexto. El órgano de contratación ha formulado informe, dando contestación a ambos recursos, que puede resumirse del modo que sigue:

a) Recurso 919:

-En primer lugar, el órgano de contratación señala que la Resolución de la CNMC no dice que no sea posible el uso de la figura jurídica de la UTE, sino que no debe utilizarse dicha figura jurídica de forma que se falsee la competencia, al simular una “normalidad competitiva cuando en realidad existe concertación oculta para repartirse los contratos”. Además, la Resolución también señala que el modelo de contratación de las Administraciones, si bien pudo tener alguna incidencia, no son determinantes para la calificación de la infracción.

-Señala que la propia empresa ha presentado oferta al procedimiento, lo que evidencia que sí es posible hacerlo y que de hecho en el procedimiento se han presentado una pluralidad de ofertas, algunas concurriendo en UTE, como la propia recurrente, lo que evidencia la improcedencia de sus alegaciones.

-En cuanto a la división en lotes, la misma se justifica con claridad en el apartado 3.2 de la Hoja Resumen del pliego y responden a las necesidades de las Entidades Gestoras, al agrupar funciones de carácter transversal, sin que sea posible una división mayor sin dificultar la ejecución técnicamente poniendo en riesgo la correcta ejecución de los contratos, por afectar a sistemas fundamentales de la Administración de la Seguridad Social.

b) Recurso 929/2018:

En relación con este recurso, se expondrán a continuación únicamente aquellos aspectos del informe del órgano de contratación que no son coincidentes con los expuestos en relación con el recurso 919/2018:



-En relación con la configuración de los lotes, es consecuencia de la necesidad de modernizar tecnológicamente los sistemas desarrollados, debiendo a la vez integrar con las diferentes aplicaciones y bases de datos que se han ido utilizando en los últimos 30 años que abarcan todo el núcleo de servicio de las entidades Gestoras y cuya migración a tecnologías más actuales se debe hacer de forma progresiva, lo que exige integrar desarrollos nuevos con mantenimientos correctivos y evolutivos de las aplicaciones existentes.

-En relación con la cláusula relativa a la cesión ilegal de trabajadores, considera que se está efectuando una interpretación incorrecta de la misma por parte del recurrente, pues solo sería aplicable en el caso de reclamaciones que tuvieran causa en los servicios objeto del pliego, es decir provocadas por el no cumplimiento de las obligaciones del contratista que se encuentran descritas en el apartado inmediatamente anterior.

-En cuanto a los requisitos técnicos exigidos señala:

·Por lo que se refiere a las exigencias relativas a herramientas diseñadas por empresas determinadas, señalar que no se valora en ningún caso el conocimiento en aplicaciones informáticas determinadas, sino que se exigen conocimientos y experiencia, pero sin exigir certificación alguna, por lo que no es necesario que se realicen acuerdos de colaboración con las empresas diseñadoras de esas herramientas. Además, la propia recurrente ha presentado oferta en solitario a los tres primeros lotes, lo que demuestra que sí es posible el diseño de la misma sin necesidad de acudir a acuerdos de colaboración con otras empresas.

·Por lo que se refiere a la experiencia previa de los recursos humanos y los requisitos de solvencia, el órgano de contratación señala que en ningún momento se exige que esa experiencia se acredite mediante la prestación de servicios en el GISS, tratándose de una afirmación sin fundamento.

·En cuanto a la exigencia de equipo inicial previo, considera que se trata de un requisito fundamental dada la importancia del servicio que se presta y la imposibilidad de superposición de contratos, lo que exige una garantía de mantenimiento continuado del mismo. Además, el equipo inicial solo se exige en relación con algunos de los servicios que son objeto del contrato.



·Finalmente, en cuanto a las factorías de software, por ser necesarias para la correcta ejecución del contrato, sin que haya acreditado la recurrente su imposibilidad para formular oferta por este requisito.

Séptimo. Cabe comenzar señalando que ambos recursos tienen su base en la Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, resolución que, a su juicio, les impide llegar a acuerdos de colaboración con las empresas más significativas del sector sin incurrir en una posible práctica colusoria, tal y como la misma ha sido definida por la CNMC en dicha Resolución. Esta es la premisa de la que ambas recurrentes parten y es la que, a su juicio, provoca una situación de restricción de la competencia, al no ser posible cumplir los requisitos técnicos y asumir los compromisos exigidos sin alcanzar tales acuerdos de colaboración con otras empresas, dada la configuración de los lotes en el pliego.

Resulta por ello fundamental comenzar con un breve análisis de la Resolución de la CNMC para poder concluir si dicha premisa es correcta. Señala en su apartado Quinto el “Resuelve” de la citada Resolución, que es la que, a juicio de las recurrentes, les impide realizar los citados acuerdos de colaboración: *“Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente resolución.”*

De lo anterior cabe deducir que la CNMC no impone a las empresas ninguna prohibición adicional no prevista en el ordenamiento jurídico, sino que únicamente les intima a que no continúen incumpliendo la Ley, perpetuando la conducta que ha sido el presupuesto de hecho de la sanción impuesta. Pues bien, la conducta que ha sido el presupuesto de hecho de la sanción impuesta se describe a lo largo del apartado de Hechos Probados de la Resolución, así como en sus Fundamentos de Derecho. No corresponde a este Tribunal entrar a valorar la corrección de los mismos, pero sí resulta necesario incidir en cuáles son las conductas descritas, pues son esas y no otras a cuya abstención “intima” la CNMC a las empresas infractoras.

Así, por ejemplo, en la página 115 de la Resolución se señala:

2Como se ha podido comprobar en los hechos probados de este expediente, se trata de contratos de gran envergadura por importe y duración y con considerables exigencias de



solvencia para las empresas participantes, motivo por el cual, son licitaciones a las que suelen acudir empresas con gran capacidad económica, técnica y profesional y, pese a ello, en parte de los contratos se hace necesario acudir en colaboración, dadas las exigencias de los pliegos. Esta cuestión, además, no ha resultado controvertida a lo largo de la instrucción del presente procedimiento, salvo en casos puntuales en los que sí parece que no hay esa necesidad de acudir en UTE y sin embargo se mantienen las alianzas.

*Esta necesidad de colaboración entre empresas para licitar a estos contratos **no justifica, a juicio de esta Sala, ese patrón inusual y extendido de comportamiento** consistente en acudir, sistemáticamente y de manera conjunta, en colaboración a un número elevado de licitaciones públicas*

(...)

*Estamos, por tanto, ante la instrumentalización interesada y forzada de una serie de figuras jurídicas, como son las UTE y las subcontrataciones, que sirven de excusa a las empresas para simular una situación de normalidad competitiva en los procedimientos de licitación pública y enmascarar así una serie de acuerdos para repartirse los contratos con el propósito de mantener inalteradas y permanentes sus alianzas a lo largo de un considerable periodo de tiempo. Se utilizan instrumentos jurídicos **ampliamente admitidos en la práctica contractual pública y privada para obtener fines ilícitos como es el reparto de los contratos**. Por tanto, en este caso, los medios utilizados, aunque hubiesen sido en ocasiones necesarios para acudir a las licitaciones, no pueden estar justificados si están orientados a fines anticompetitivos.*

En el mismo sentido, en la página 197 señala:

“En primer lugar, debe afirmarse que las UTE no tienen por qué restringir la competencia per se. Sin embargo, en este caso han resultado ser un instrumento que ha permitido a las partes llevar a cabo sus acuerdos anticompetitivos.

(...)



Como se ha reiterado, no se critica la utilización de UTE en estos concursos debido, por ejemplo, a las necesidades de la administración que se reflejan en los pliegos, pero la evidencia acreditada en este expediente demuestra que la creación de UTE, junto con otros mecanismos como el de subcontratación preferente, no respondían a ese fin. Su objetivo era preservar la situación competitiva preexistente, de manera que se limitaba la competencia entre las entidades mejor posicionadas para la prestación de los servicios de tecnologías de la información demandados por la administración, al ser los proveedores preexistentes. Ni siquiera modificaciones en el procedimiento de contratación conducen a un cambio en las posiciones iniciales de las empresas.”.

Queda claro, por tanto, que la Resolución de la CNMC no impide en ningún caso a las empresas sancionadas a establecer los acuerdos de colaboración que consideren oportunos para la presentación de sus ofertas, como no puede ser de otro modo, ya que el artículo 69 de la LCSP permite contratar con el sector público a las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sino únicamente a que dichos acuerdos no sean utilizados de forma torticera para la realización de prácticas colusorias.

Por otra parte, debe destacarse que el principio de libre concurrencia exige que los pliegos sean desarrollados de forma que objetivamente no restrinjan la competencia, pero de ello no se deriva un derecho de los eventuales licitadores a que los pliegos se diseñen de forma que a cada uno de ellos les resulte favorable en función de sus circunstancias particulares. En este sentido, si la imposición de una sanción por un organismo público como consecuencia de una conducta contraria al ordenamiento jurídico, coloca a un licitador en una situación de desventaja respecto del resto, ello será consecuencia exclusiva de la comisión de la infracción correspondiente, sin que dicha circunstancia deba ser tenida en cuenta por cualesquiera órganos de contratación en el diseño de los Pliegos.

Octavo. Partiendo de lo anterior, debe comenzarse ahora por analizar las distintas alegaciones formuladas, para lo cual, por razones sistemáticas, se distinguirán cuatro apartados con el siguiente orden:

- a) Alegaciones relativas a la configuración de los lotes.
- b) Alegaciones relativas a las exigencias técnicas del pliego.



c) Alegación relativa a la vulneración del principio de coordinación.

d) Alegación relativa a la cláusula sobre cesión ilegal de trabajadores.

Además, y con carácter previo al análisis de tales alegaciones, conviene declarar expresamente la inadmisión de la prueba solicitada por la recurrente en el recurso 929/2018 relativa a la solicitud de un informe a la CNMC sobre la adecuación de los pliegos a la legislación de defensa de la competencia, la cual se deniega por resultar improcedente e irrelevante para la resolución de este recurso que ha de centrarse en las infracciones del ordenamiento jurídico basadas en la normativa de contratación del sector público.

Noveno. Señala el artículo 99.2 de la LCSP: “Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) *El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.*

b) *El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.”*



Como puede verse, el artículo 99 pretende promover que los órganos de contratación dividan en lotes las licitaciones para promover la concurrencia de pequeñas y medianas empresas. Ahora bien, siempre y cuando i) la naturaleza del contrato lo permita y ii) no existan motivos válidos que justifique la no división.

Para la debida comprensión de lo dispuesto en este precepto, conviene acudir a la Directiva 2014/24/UE, de 24 de febrero, de la que es trasposición la LCSP y en cuyo considerando 78 se señala:

“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de



coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.”

De lo anterior cabe concluir:

- a) La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.
- b) Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos.
- c) El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote.
- d) En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.
- e) Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros.

Partiendo de lo anterior, este Tribunal ha venido aplicando una sólida doctrina en torno al margen de discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora de definir el objeto del contrato y su división en lotes, así como qué motivos se consideran válidos para que el órgano de contratación decida la no división en lotes.

Así, en nuestra resolución nº430/2018, señalamos: *“La discrecionalidad de los órganos de contratación para determinar si las prestaciones objeto del contrato constituyen una unidad contractual o no, así como si son susceptibles de unidades fundacionales independientes divisibles en lotes, se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación administrativa. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, partiendo de la literalidad del artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, expresan que se trata de una decisión que entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurran. Al respecto, en nuestra Resolución nº 408/2017 –citada posteriormente en la nº*



600/2017 hemos señalado lo siguiente: “En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar “la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, “cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.”

En definitiva, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las PYMES.

En este sentido, es cierto que la justificación que ha de ofrecer el órgano de contratación, si bien no ha de ser necesariamente exhaustiva, sí es cierto que debe referirse a las concretas razones que concurren en ese expediente, sin que sea admisible la mera formulación del propio precepto para considerar cumplida esta obligación. Por otro lado, habrán de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada expediente para poder determinar si la justificación ofrecida por el órgano de contratación es suficientemente expresiva de dichas razones o no, único elemento al que podría en su caso alcanzar la revisión de este Tribunal que, por lo demás, tiene vedada la supervisión de la corrección técnica de dicha decisión, en virtud de la doctrina de la discrecionalidad técnica que, desde luego, resulta de plena aplicación a esta cuestión.

Atendiendo a lo anterior, y descendiendo ya al caso analizado, conviene aclarar inicialmente a la vista de las alegaciones contenidas en el recurso que no existe un principio de “máxima división en lotes”, sino un mandato dirigido a los órganos de contratación de justificar la

decisión de no efectuar esa división; mandato que se agota en la existencia de dicha justificación que, como se ha dicho, no puede ser objeto de revisión desde el punto de vista técnico por parte de este Tribunal.

Pues bien, en el presente caso el expediente ha sido dividido en lotes, dando además una justificación suficiente el órgano de contratación, en el apartado 3 de la Hoja Resumen del PCAP, de los motivos que le han llevado a configurar los lotes en la forma que lo ha hecho, con lo que se ha satisfecho plenamente la exigencia del artículo 99 de la LCSP.

En particular, el órgano de contratación fundamenta su decisión en la necesidad de incluir en cada lote no solo la modernización tecnológica, sino también el mantenimiento correctivo y evolutivo de las aplicaciones actualmente existentes, para evitar problemas de indisponibilidad o errores en aplicaciones, argumentos todos ellos que se encuentran incluidos dentro del apartado b) del artículo 99.3: *“El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.”*

Tampoco desde la perspectiva del principio de libre concurrencia podría admitirse que la configuración de los lotes resulta contraria a la normativa del sector público. Se alega por ambos recurrentes que la configuración de los lotes determina que solo sea posible la presentación de ofertas mediante la consecución de acuerdos de colaboración entre distintas empresas del sector, acuerdos que están vedados por la Resolución de la CNMC. Sin embargo, dicha afirmación se encuentra huérfana de toda prueba y de hecho aparece contradicha por los datos que constan en el expediente. Así, por un lado, como antes se ha expuesto, la Resolución de la CNMC en ningún caso impide que se alcancen tales acuerdos de colaboración, sino únicamente en la medida en que su utilización implique prácticas colusorias prohibidas por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, lo cierto es que consta en el expediente que varias empresas, entre ellas las propias recurrentes, han presentado

ofertas, tanto en UTE como en solitario, lo que supone un indicio de la posibilidad material de hacerlo.

Existiendo por tanto división en lotes y estando además dicha división justificada en el expediente, sin que se haya acreditado la vulneración del principio de libre concurrencia, no es posible que este Tribunal entre a su revisión técnica, lo que ha de llevar a la desestimación del motivo invocado.

Hay que decir, finalmente, que las empresas recurrentes no son precisamente PYMES.

Décimo. En segundo lugar, procede entrar al análisis de las alegaciones planteadas por INDRA en el recurso 929/2018 relativas a determinados requisitos técnicos exigidos en los pliegos, por considerar que los mismos, al establecer determinadas exigencias técnicas, restringen indebidamente la competencia, dando lugar a una situación de discriminación respecto de aquellas empresas afectadas por la Resolución de la CNMC tantas veces aludida.

Señala el artículo 126 de la LCSP: *“Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”.*

A este respecto, tanto este como otros Tribunales con competencia en materia de contratación pública parten de la existencia de un amplio grado de discrecionalidad por parte del órgano de contratación a la hora de definir las características técnicas de los contratos. Así se ha señalado (resolución 548/2014): *“debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”.*

En este sentido, también se ha señalado en resolución 9/2013 TACP de Madrid:

“Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida”. En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma.”.

Partiendo de lo anterior, se procede a continuación al análisis de cada una de las alegaciones planteadas por INDRA:

a) Requisitos técnicos exigibles al entorno tecnológico (Apartado 3.5, 3.7 y 3.8).

A este respecto señala INDRA que la tecnología desarrollada por SAG es de propiedad de ésta, lo que impide a INDRA participar en el pliego, al tener vedada la posibilidad de llegar a acuerdos con dicha empresa en virtud de la Resolución de la CNMC, favoreciendo así a la empresa propietaria de dicho servicio.

A este respecto conviene recordar la doctrina invocada por la propia recurrente, manifestada en resolución 354/2016 que establece la posibilidad de establecer requisitos relacionados con una determinada tecnología cuando ello sea necesario para la ejecución del contrato, lo que sin duda ocurre en este caso donde el objeto del contrato está constituido, entre otros, por el servicio de mantenimiento y desarrollo de tecnologías informáticas ya implementadas en los órganos que serán beneficiarios del contrato y así lo reconoce el propio recurrente.



Como afirma el órgano de contratación, (i) se exigen conocimientos y experiencia en las tecnologías existentes en la GISS, pero en ningún caso certificaciones que pudieran vulnerar la concurrencia; (ii) no hay obligación de subrogación del personal que actualmente presta el servicio, pero que tampoco existe prohibición al efecto; y (iii) la empresa INDRA ha presentado oferta individual a los tres primeros lotes, lo que presupone que tiene los perfiles adecuados para ello. En definitiva, que el hecho de que la Seguridad Social optara en su día por la tecnología SAG no impide a INDRA (como así ha sucedido) disponer de técnicos con el conocimiento y la experiencia adecuados.

b) Requisitos relativos a la experiencia previa de los recursos humanos y prestación de servicios de similar naturaleza como criterio de solvencia (Apartado T1.2 y cláusula 8 del PCAP y apartado 6 de la Hoja-Resumen)

En relación con esta cuestión, la queja de INDRA se centra en que la experiencia requerida del equipo de trabajo adscrito al contrato en determinados entornos tecnológicos es excesivamente restrictiva y muy amplia (hasta 36 meses), lo que dificulta la posibilidad de encontrar profesionales cualificados, teniendo en cuenta además que únicamente se cuenta con diez días hábiles para la acreditación de los medios, de conformidad con el pliego. Una vez más, considera que se restringe la competencia al no ser posible acudir a acuerdos de colaboración con otras empresas.

Pues bien, las quejas planteadas por el recurrente una vez más no pueden ser acogidas. Como ya se ha dicho, la exigencia de experiencia en un determinado entorno tecnológico es admisible cuando se trate de una exigencia derivada de lo que constituye el objeto del contrato, como ocurre en este caso.

Como afirma el órgano de contratación, (i) la necesidad de la experiencia previa está debidamente justificada por la naturaleza y complejidad de las aplicaciones; (ii) la solvencia técnica establecida admite la experiencia en cualquier ámbito, público o privado, por lo que no es cierto que sólo pueda acreditar experiencia quien haya prestado servicios en la GISS; (iii) la experiencia y conocimientos se describen en términos de necesidades y tecnologías, y no de aplicaciones concretas, que no se utilizan en exclusiva dentro de la GISS; y (iiii) la

definición que realizan los pliegos no ha impedido la concurrencia de varias empresas al procedimiento.

En cuanto al plazo de diez días hábiles para acreditar la disponibilidad de los medios, se trata de un plazo establecido legalmente y que, por tanto, no es discrecionalidad para el órgano de contratación, pues viene derivado del trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP.

Y respecto a los criterios de solvencia relativos a la experiencia en servicios de similar naturaleza, se trata de uno de los criterios específicamente como medios de acreditación de la solvencia en el artículo 90.1 a) de la LCSP sin que se hayan vulnerado los límites establecidos en el mismo.

c) Exigencia del equipo inicial y de factorías de software

La importancia y garantía de mantenimiento continuado del servicio hacen necesaria la exigencia del equipo inicial previo, que garantice que, al menos, el servicio básico se pueda seguir prestando, teniendo en cuenta, además, que de los tres tipos de servicios en que se estructuran los cuatro primeros lotes, el equipo inicial previo sólo afecta al servicio de consultoría, apoyo al análisis, pruebas, soporte al desarrollo y soporte a la promoción de entornos.

Como dice el órgano de contratación, no procede un periodo de solapamiento con el adjudicatario saliente, ya que ello supondría una duplicidad del gasto y del objeto del contrato, que atentaría contra el artículo 1 de la LCSP. Durante el periodo de transición no resultan de aplicación los ANS, siendo la Administración quien debe coordinar la información necesaria para la prestación correcta del servicio.

En cuanto a la exigencia de las factorías de software hay que indicar, como afirma el órgano de contratación, que la empresa INDRA es una de las grandes del sector, que cuenta con factorías que le permiten presentar su oferta (como así ha sido); que el servicio de diseño y construcción no está basado en horas y categorías, sino en una estimación en Unidades de Trabajo, para cada trabajo individual; y que este tipo de trabajo, por su naturaleza, se realiza en las dependencias de la empresa adjudicataria (factorías de software) que están



íntegramente bajo la gestión del adjudicatario, y permite una variabilidad en la producción que difícilmente se lograría en las dependencias del GISS.

Undécimo. Señala SAG en el recurso 919/2018 que la configuración de los pliegos supone una infracción del principio de coordinación entre Administraciones, al no haber actuado el GISS siguiendo las indicaciones de la CNMC en su Resolución relativa a la configuración de los pliegos y como éstos podrían haber tenido una incidencia en la actuación de las empresas infractoras.

El principio de coordinación entre Administraciones, enunciado en el artículo 103 de la Constitución Española, se encuentra desarrollado en el artículo 140 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) que lo define de la siguiente manera:

“Coordinación, en virtud del cual una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.”

Pues bien, la coordinación implica que las actuaciones de las distintas Administraciones sean coherentes, pero no puede suponer que la actuación de una Administración impida a otra desarrollar plenamente y con total autonomía sus propias competencias, especialmente cuando una de tales Administraciones es una Autoridad Administrativa Independiente cuya autonomía se encuentra garantizada por su Ley de creación y el artículo 119 de la propia LRJSP.

Tampoco supone que las Administraciones públicas, al ejercer sus competencias, deban necesariamente consultar de forma previa a cualesquiera otros órganos que pudieran verse concernidos, pues ello resultaría contrario al principio de eficacia y eficiencia en la gestión, principio también reconocido constitucional y legalmente.

Por el contrario, el principio de coordinación impone que se hayan previsto mecanismos que garanticen dicha coherencia. En el ámbito de la contratación pública, la LCSP se ha



preocupado especialmente de establecer tales mecanismos, introduciendo diversas cautelas para garantizar que los principios reguladores de los mercados y la competencia sean debidamente tenidos en cuenta por los órganos de contratación. Así, la LCSP prevé distintos trámites de consulta e información recíproca entre los órganos de contratación y la CNMC, así como la creación de órganos colegiados en materia contractual en cuyo seno participan representantes de dicho organismo, pero en ningún caso la normativa de contratación pública impone realizar trámite alguno como el señalado por el recurrente y que supondría introducir una suerte de trámite preceptivo de consulta a la CNMC que el legislador no ha considerado conveniente introducir.

Por lo tanto, tampoco cabe considerar que se ha vulnerado el principio de coordinación, debiendo así desestimar igualmente este motivo.

Duodécimo. Resta finalmente por analizar la conformidad a derecho de la cláusula del PCAP, relativa a la posible cesión ilegal de trabajadores. La cláusula que contiene la redacción que se impugna en el recurso es la 22.1.12 del PCAP, que señala:

“En los casos de reclamaciones judiciales por cesión ilegal de trabajadores que traigan causa de los servicios objeto de este contrato durante su ejecución o con posterioridad al mismo, la empresa contratista asume y acepta la compensación a la Administración de todas las consecuencias económicas que pudieran derivarse de las citadas reclamaciones, incluyendo indemnizaciones por despido”.

El recurrente considera que dicha cláusula resulta no conforme a Derecho en la medida en que supone imputar al contratista las consecuencias económicas de cualquier reclamación judicial por cesión ilegal de trabajadores, aunque la misma no venga determinada por un incumplimiento del propio empresario.

Señala el artículo 34 de la LCSP: *“1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”* Dicha libertad de pactos tiene por tanto como límites el propio ordenamiento jurídico, el interés público y los principios de buena administración. Ahora bien, la libertad de pactos no admite que se introduzcan en los pliegos cláusulas que puedan resultar abusivas, bien por no tener relación



con el objeto del contrato, bien por imponer al adjudicatario obligaciones que suponen una alteración del equilibrio de prestaciones (Resolución del OARC Euskadi 118/2017; en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2015, recurso 2506/2014).

En este sentido, una cláusula que impusiera al contratista la obligación de indemnizar a la Administración en supuestos que no resulta imputables a éste ni derivaran de la ejecución del contrato resultaría contraria al ordenamiento jurídico

Sin embargo, el órgano de contratación, que es quien tiene la competencia para la interpretación de los pliegos, realiza una interpretación de esta cláusula muy diferente y que resulta más armónica y sistemática si se tiene en cuenta la redacción completa de la misma. Así, el órgano de contratación en su informe reconoce que esta cláusula ha de interpretarse en el sentido de que la indemnización tendría lugar en los casos en que la reclamación judicial viniera provocada por el no cumplimiento de las obligaciones establecidas en el mismo apartado.

Pues bien, esta interpretación resulta perfectamente conforme a Derecho y acorde al principio de responsabilidad contractual propio de cualquier contrato y consagrado especialmente respecto de los contratos suscritos por Administraciones Públicas en los artículos 192 y 196 de la LCSP.

Siendo así, procede igualmente la desestimación de este motivo de impugnación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.P.V. y D. C.B.P. ambos en nombre y representación de SOFTWARE AG ESPAÑA, S.A.U. y D. A.D.L.F.K. y D. E.H.G. en representación de INDRA SISTEMAS, S.A. contra los pliegos de la licitación convocada por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social para contratar el “*Servicio de desarrollo y*



mantenimiento de sistemas de información necesario en la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (Expediente 7206/18G)”

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.