



**Recursos nº 980/2019**

**Resolución nº1187/2019**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 21 de octubre de 2019.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. M.A.F.P., en nombre y representación de la mercantil INNOVA BPO, S.L., contra los pliegos reguladores de la licitación convocada por IBERMUTUAMUR, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 274, reguladores del procedimiento de contratación de los “*Servicios de información y atención a los clientes*”, expediente CG-2020/2801/0001, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** La Dirección General de IBERMUTUAMUR, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 274, ha tramitado el procedimiento para la licitación de los Servicios de información y atención a los clientes, expediente CG-2020/2801/0001.

El contrato no se divide en lotes. El valor estimado del contrato es de 880.000,00€, IVA excluido.

**Segundo.** Se publicó la licitación del expediente en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 15 de julio del 2019, habiéndose publicado una rectificación el 30 de julio de 2019.

**Tercero.** La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), aprobada por 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, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta,



por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

**Cuarto.** Según documento incorporado al expediente, a la fecha de envío del mismo, solo ha presentado una oferta a la licitación por la empresa SERVICIOS SOCIALES DE TELECOMUNICACIONES, S.L.U.

**Quinto.** En la presente licitación son objeto de recurso los pliegos reguladores de la licitación, por los motivos que más adelante se dirán.

**Sexto.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido este acompañado del correspondiente informe.

Por el órgano de contratación se dio plazo al resto de licitadores a fin de que pudieran formular alegaciones a la vista de los recursos interpuestos, sin que ninguno lo haya verificado así.

**Séptimo.** Por delegación de este Tribunal, en fecha 9 de septiembre de 2019, la Secretaria General de aquél, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afectara al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1.f) y 45 de la LCSP.

**Segundo.** Nos encontramos ante un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.



A su vez, son objeto del recurso los pliegos reguladores del procedimiento de licitación, por lo que se trataría de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

**Tercero.** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

**Cuarto.** En cuanto a la legitimación, el recurrente ha justificado su voluntad de tomar parte en el procedimiento de licitación, acreditando un interés concreto y suficiente a efectos del artículo 48 de la LCSP.

**Quinto.** Respecto al fondo del recurso, el recurrente cuestiona la legalidad del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), por tres motivos diferentes:

1. La incorrecta redacción de la cláusula relativa a las bajas anormales.
2. Errónea categoría de la clasificación exigida.
3. Desproporcionada solvencia económica.

Por su parte, el órgano de contratación se opone al recurso y solicita la desestimación del mismo por considerar que los pliegos son conformes a Derecho.

**Sexto.** Entrando en el fondo del recurso, y en particular, en el primer punto del mismo, INNOVA considera que la formulación de la cláusula relativa a las ofertas incursas en bajas anormales o desproporcionadas es contraria a la redacción de la LCSP.

El tenor literal del PCAP es el siguiente, cláusula 19.3.1:

*“19.3.1.- En cuanto al precio:*

*Parámetros objetivos que permiten apreciar su carácter anormal:*



*Podrán ser excluidas las ofertas con valores desproporcionados, entendiéndose como tales aquéllas en que la baja económica ofertada sea superior en más de cinco (5) unidades porcentuales respecto a la media aritmética de las bajas ofertadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas, cuya baja económica sea inferior a dicha media en más de cinco (5) unidades porcentuales se procederá del mismo modo, pero calculando una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el último supuesto indicado.*

*En el caso de que proceda la subrogación referida a la cláusula 9 del cuadro de características, adicionalmente tendrá la consideración de baja anormal cualesquiera ofertas económicas cuya cuantía no alcance, al menos, el coste laboral íntegro de los recursos adscritos al contrato tomando como referencia el convenio colectivo sectorial”.*

A juicio de INNOVA, el PCAP introduce una exclusión automática de aquellas ofertas que se separen en más de cinco puntos de la media de las ofertas, lo que es contrario a la LCSP por no respetar el procedimiento que al efecto contempla el artículo 149 para justificar la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados.

Por su parte, el órgano de contratación entiende que se realiza una interpretación errónea de los pliegos, pues en el mismo se indica que “*Podrán ser excluidas las ofertas*”, es decir, que no se producirá la exclusión de manera automática. Además, entiende que este aspecto queda nítidamente solucionado en la cláusula 18.2 del pliego de condiciones generales, que prescribe:

*“18.- EVALUACIÓN DE OFERTAS.*

*A continuación el órgano de asistencia efectuará las siguientes actuaciones en las sesiones que resulten necesarias:*

*[...]*

*18.2.- Comprobará si las ofertas admitidas rebasan los límites establecidos, en su caso, en la cláusula 19.3 del cuadro de características del contrato y, si alguna los rebasa, realizará las actuaciones previstas en el art. 149.4 LCSP. El órgano de asistencia determinará el*



*plazo de audiencia atendiendo a las características de las ofertas, que no podrá ser inferior a tres (3) días hábiles ni superior a diez (10) días hábiles.*

*Finalizado ese procedimiento acordará proponer al órgano de contratación la admisión o rechazo de la/s oferta/s que considere que no puede/n ser cumplidas/s.”*

Queda claro, examinado el pliego de condiciones generales, que se prevé en el mismo el deber de acudir al procedimiento regulado en el artículo 149 de la LCSP cuando alguna oferta puede presumirse inviable. El cuadro de características debe interpretarse siempre sobre la base del pliego de condiciones generales, que es el que establece las reglas generales de la licitación, siendo el primero el instrumento que sirve para el detalle o concreción del segundo en cuanto a los aspectos que varíen en cada licitación, no así en aquellos que permanecen estables, como es el caso del procedimiento que analizamos para la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas.

Aunque el cuadro de características pudiera llegar a generar alguna duda en su literalidad, es cierto que no se pronuncia en términos imperativos, sino facultativos. Y el pliego de condiciones generales sí que es meridianamente claro. En consecuencia, y siguiendo la regla interpretativa contemplada en el artículo 1281 del Código Civil (“*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas*”), la redacción de la cláusula impugnada es conforme a Derecho.

**Séptimo.** El segundo motivo del recurso cuestiona la correcta clasificación contemplada en los pliegos. A juicio del recurrente, la categoría elegida es superior a la que procede, lo que restringiría indebidamente la concurrencia; y al mismo tiempo, considera que la categoría U-8-D no existe en la normativa actual, por lo que es improcedente.

La clasificación se prevé en el PCAP en la cláusula 18.3 en los siguientes términos:

*“18.3.- Clasificación: Se podrá sustituir la solvencia exigida en la cláusula 18.2 del cuadro de características del contrato por la clasificación que se indica a continuación:*

*a) Clasificación otorgada de acuerdo con Real Decreto 773/2015:*



Grupo: U Subgrupo: 08 Categoría: 4

b) Clasificación otorgada de acuerdo con la regulación anterior al Real Decreto 773/2015:

Grupo: U Subgrupo: 08 Categoría: D

*Deberá indicarse la clasificación de la que se dispone en la sección A de la parte II del DEUC”.*

Comenzando por el segundo argumento, la utilización de una categoría de clasificación obsoleta, el tenor literal del pliego resuelve la propia alegación de la recurrente, pues en el mismo se indica que la categoría U-8-D se refiere a la normativa anterior al Real Decreto 773/2015. Entiende este Tribunal que se sigue identificando una categoría fuera de vigencia para el hipotético caso de que algún licitador siguiera legalmente clasificado bajo la normativa anterior.

El hecho de que se indiquen las dos posibles clasificaciones, la actual y la anterior, no da lugar a ningún vicio de legalidad, toda vez que se encuentra perfectamente explicado sin inducir a error a los licitadores, y encuentra su encaje en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según la cual: “[...] *Para los contratos de servicios cuyo plazo de presentación de ofertas termine antes del día uno de enero de 2020 las clasificaciones en los subgrupos incluidos en el artículo 37 del Reglamento surtirán sus efectos, con el alcance y límites cuantitativos determinados para cada subgrupo y categoría de clasificación, tanto si fueron otorgadas en los términos establecidos por el presente real decreto como si lo fueron con anterioridad a su entrada en vigor y en los términos establecidos por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas...*”. La exposición de motivos del Real Decreto justifica dicha disposición transitoria en los siguientes términos: “*La disposición transitoria segunda habilita un plazo suficientemente amplio durante el cual la exigencia de clasificación para los contratos de obras licitados tras la entrada en vigor del real decreto se considerará cumplida por los empresarios que dispongan de una clasificación equivalente a la exigida en los pliegos, otorgada y expresada en los términos vigentes antes*



*de la entrada en vigor del real decreto, estableciendo asimismo el cuadro de equivalencias entre clasificaciones expresadas en los términos establecidos por el Real Decreto 1098/2001 y en los establecidos por el presente real decreto.”*

Y en lo concerniente al primer argumento, la incorrecta fijación de la clasificación, pasamos a examinar la misma. Para comenzar, deberemos acudir al CPV del contrato, que se ha fijado como el siguiente: “79510000-2”. El Anexo II del RGLCAP recoge dicho código CPV, y le atribuye la siguiente clasificación: Subgrupo U-8.

Una vez identificado el grupo y subgrupo, respecto a los cuales no se generan dudas, debe comprobarse la categoría, la cual se regula en el artículo 38 del RGLCAP. Indica el artículo 38 del RGLCAP:

*“Los contratos de servicios se clasifican en categorías según su cuantía. La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor estimado del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.*

*Las categorías de los contratos de servicios serán las siguientes:*

*Categoría 1, cuando la cuantía del contrato sea inferior a 150.000 euros.*

*Categoría 2, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 150.000 euros e inferior a 300.000 euros.*

*Categoría 3, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros.*

*Categoría 4, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 600.000 euros e inferior a 1.200.000 euros.*

*Categoría 5, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 1.200.000 euros”.*



Como vemos, el elemento principal para optar por una categoría u otra depende de la duración del contrato. La duración del contrato se especifica en la cláusula 6 del cuadro de características en los siguientes términos:

*“6. - PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO. PRÓRROGA:*

*6.1.- Plazo de ejecución total o fecha límite (cláusula 8 de condiciones generales): doce (12) meses.*

*6.2.- Fecha de inicio: orientativamente el 1 de febrero de 2020.*

*6.3.- Prórroga del contrato: Sí*

*Nº prórrogas: 3*

*Duración prórrogas: doce (12) meses”.*

A efectos de cerrar todos los elementos que pueden influir en la categorización prevista, el presupuesto base de licitación establecido en el apartado 3.1 del cuadro de características es de 266.200,00 euros, y el valor estimado, como ya se ha indicado, es de 880.000,00 euros (sin IVA).

La única duda razonable que puede surgir en el presente momento a la hora de elegir la categoría de la clasificación es la relativa a si la duración del contrato se refiere a la duración inicial del contrato (un año), o si la misma incluye la de las prórrogas (cuatro años en total). No cabe entrar en la discusión terminológica que plantea INNOVA (concepto del valor íntegro) porque la misma proviene de la redacción anterior del RGLCAP, la cual se ha clarificado con la reforma operada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, y se ha asimilado a su vez en la nueva LCSP, en su artículo 79.1.

La duda interpretativa es razonable porque el RGLCAP señala que en caso de contratos de duración inferior a un año se debe atender al valor estimado, y aquí surge el problema, pues la duración del contrato, en principio, se refiere a la duración cierta, que es la inicial, sin incluir las prórrogas, si bien, el valor estimado es un concepto que incluye las prórrogas en su estimación.





Pues bien, la duda debe ser resuelta a favor de la argumentación de la recurrente, debiendo considerarse que la duración del contrato a tener en cuenta a los efectos de fijar la categoría de la clasificación exigible es la duración total de 4 años, incluidas las posibles prórrogas (que son obligatorias para el empresario, conforme al artículo 29.2 de la LCSP), debido a que el concepto de valor estimado debe incluir también las prórrogas previstas (artículo 101.2.a) de la LCSP). En otro caso, no existiría coherencia entre los plazos de duración. Como el valor estimado del contrato incluye las posibles prórrogas, a efectos de aplicar la regla de utilizar el *valor medio anual* que establecen tanto el artículo 79.1 de la LCSP como el artículo 38 del RGLCAP, deben tenerse en cuenta también esas prórrogas.

Esta interpretación es conforme con el artículo 29 de la LCSP, que regula las prórrogas dentro del concepto de “*plazo de duración de los contratos*”, y de cuyo tenor literal no se infiere que necesariamente la duración del contrato no deba incluir la duración de dichas prórrogas.

En consecuencia, la clasificación exigida es improcedente, debiendo anularse la misma a fin de que se tenga en cuenta la duración de las prórrogas previstas a efectos de aplicar la regla de calcular el valor medio anual del contrato para determinar la categoría de la clasificación exigible, como alternativa a la acreditación de las solvencias.

**Octavo.** En cuanto al último motivo del recurso, INNOVA considera que la solvencia económica exigida es desproporcionada y que debe ser revisada, más aún en el caso de que se aprecie su alegación sobre la incorrecta categorización de la clasificación que acabamos de exponer.

La solvencia económica se contempla en el cuadro de características en la cláusula 18.2 en los siguientes términos:

*“18.2.- Solvencia: los operadores económicos deben disponer de la siguiente solvencia, salvo que opten por sustituirla por la clasificación indicada en la cláusula 18.3 del cuadro de características del contrato:*



*18.2.1 Económica y financiera. Requisito(s): Volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiere este contrato que en el año de mayor volumen de los tres últimos ejercicios económicos concluidos deberá alcanzar, como mínimo, la cifra de 1.275.000,00 €”.*

Como puede apreciarse, la cifra que se ha exigido como solvencia rondaría 1,44 veces el valor estimado del contrato, que es de 880.000 euros.

El artículo 87.1 de la LCSP dispone:

*“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, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas 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. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 336”.*

El recurrente considera que la cantidad exigida es desproporcionada.

En este caso, sin embargo, la LCSP no contiene a efectos de acreditación de la solvencia económica una norma similar a la establecida en materia de clasificación, que exige tener en cuenta el plazo de duración del contrato. Como hemos visto, el artículo 87.1 de la LCSP habla de valor estimado, sin más, por lo que la cifra de solvencia establecida en los pliegos se halla dentro del margen legal y, por ello, es ajustada a Derecho, debiendo desestimarse este motivo de recurso.

No obstante, el artículo 74.2 de la LCSP dispone:



*“2. 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.”*

En base a este precepto, y a la interpretación que el Tribunal ha hecho de los artículos 79.1 de la LCSP y 38 del Real Decreto 1098/2001 a efectos de determinar la categoría de la clasificación y teniendo en cuenta que el órgano de contratación pudiera haber fijado la solvencia económica y financiera en función de una duración del contrato solo del año inicial previsto en firme sin prórrogas posibles, podría haber ocurrido que la estimación de este recurso respecto de la categoría de clasificación exigible pudiera alterar la proporcionalidad de haya podido tener en cuenta aquél para fijar la solvencia económica exigible, por lo que ante esa posibilidad, se pone de manifiesto al órgano de contratación por si estima que podría reconsiderar la cifra de solvencia económica exigida, para que guarde proporcionalidad con la categoría de clasificación alternativa que procede para una duración que incluye las prórrogas, y con el valor medio anual estimado a que asciende el contrato.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. M.A.F.P., en nombre y representación de la mercantil INNOVA BPO, S.L., contra los pliegos reguladores de la licitación convocada por IBERMUTUAMUR, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 274, reguladores del procedimiento de contratación de los “*Servicios de información y atención a los clientes*”, expediente CG-2020/2801/0001, declarándose la nulidad de los pliegos en los términos del cuerpo de la presente resolución.

**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 de los recursos, 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.