

Recurso nº 339/2018
Resolución nº 345/2018

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 30 de octubre de 2018, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don José María Hernández de Andrés, en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes y naturales” del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de la licitación del contrato mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios, todos objetivos, se publicó el 28 de septiembre de 2018 en el DOUE. El valor estimado del contrato asciende a 60.687.603,24 euros. El plazo para presentación de ofertas finaliza el 14 de noviembre de 2018.

Segundo.- Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en el apartado II lo siguiente:



*“3. El objeto del mismo se concreta en la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y la limpieza de los espacios públicos (aceras, vías públicas, parques y jardines, espacios naturales y espacios privados de uso público), con el detalle y prestaciones contenidas en el pliego de prescripciones técnicas.
(...).*

6. La prestación del servicio tiene un enfoque integrado, dada la configuración urbana del municipio. No procede su división en lotes, ya que ello supondría una ejecución más onerosa, al incrementarse los gastos generales de cada lote lo que impide el aprovechamiento de economías de escala. Dicho incremento se produce a causa de la necesidad de contar con responsable del contrato, por parte del adjudicatario, para cada uno de los lotes, así como a los gastos de estructura de cada empresa y la imposibilidad de compartir medios materiales.

Como se indica en el anterior párrafo, la indivisión en lotes posibilita la utilización conjunta de la misma maquinaria para la limpieza viaria como para la limpieza y mantenimiento de zonas verdes y espacios de uso público, el empleo de las personas trabajadoras en tas diversas zonas del municipio, mediante su adscripción indistinta y la adecuada ejecución del contrato aprovechando las sinergias existentes entre la recogida de residuos sólidos y la limpieza viaria, en especial durante la recogida de aquéllos, evitando e impidiendo las zonas de frontera de cada uno de los servicios, lo que redundo en una mayor eficiencia en la asignación de los recursos públicos.

La división en lotes, en cambio, impediría la posibilidad de reordenar el personal que presta servicio, así como la utilización de la maquinaria precisa para una de las prestaciones al resto de las mismas, obligando a que los residuos procedentes de la limpieza viaria y las zonas verdes, parques y áreas recreativas debieran ser tratados por empresas distintas”.

Tercero.- Con fecha 5 de octubre de 2018, se presentó recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de ASEJA ante el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, en el que argumenta que resulta indebida la no división del contrato en lotes, por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 9/2017,



de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y a los principios de libre competencia y de igualdad de trato. Además considera que los motivos alegados por el órgano de contratación para la no división en lotes de un contrato que incluye tres prestaciones a su juicio, claramente diferenciadas y distintas, no se encuentran incluidos dentro de los supuestos excepcionales del apartado 3.b) del artículo 99, para la no división del contrato. En consecuencia solicita la anulación de los Pliegos para que se proceda a la división en lotes y de la licitación.

El 16 de octubre de 2018 el órgano de contratación remitió al Tribunal el recurso, copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP. Se opone a la estimación del recurso por considerar los Pliegos ajustados a derecho, y por estar debidamente motivada la no división en lotes por las razones que constan en el informe técnico incluido en el expediente administrativo y que se analizarán al resolver sobre el fondo del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por la Asociación recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.



Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la asociación ASEJA, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del LCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, ya que en el objeto social consignado en sus estatutos consta entre sus fines *“La representación colectiva, participación, gestión y defensa más amplia de los intereses económicos y profesionales de sus miembros ante los Poderes Públicos, y cualesquiera otras entidades o personalidades, públicas o privadas, nacionales, extranjeras o internacionales”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se plantea en tiempo, pues la publicación de la licitación en el DOUE fue el 28 de septiembre de 2018, siendo interpuesto el recurso el 5 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra los Pliegos de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Como único motivo de impugnación ASEJA argumenta que de acuerdo con el artículo 99 de la LCSP no se ha motivado debidamente la agrupación de servicios diferentes en un solo lote cuya única justificación *“no resultaría conforme a Derecho, y ello por cuanto, la misma se basa en una cuestión de sinergias entre labores de las prestaciones a licitar y eficiencia de los recursos económicos, siendo que tales motivos no se encontrarían dentro de los supuestos excepcionales recogidos en el Artículo 99.3 b) LCSP; no habiendo justificado por el contrario en ningún caso que la división en lotes conllevara el riesgo de restringir injustificadamente la competencia,*



o bien dificultara la correcta ejecución. El objeto del contrato admite su fraccionamiento (como por otro lado venía siendo hasta la fecha), y la realización independiente de cada una de sus partes mediante la división en lotes susceptibles de utilización o aprovechamiento separado”.

Opone el órgano de contratación que “En el presente caso, el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes y naturales, se presta de forma unitaria, sin división en lotes por razón de cada una de las tres prestaciones fundamentales. Y ello viene ocurriendo así desde el año 2012, con ocasión de la última licitación habida. Por tanto, la alegación formulada por ASEJA fundamentada en que, hasta ahora, el servicio se prestaba fraccionadamente, debe decaer por inexacta, ya que, actualmente y durante los últimos seis años, se presta de forma unitaria”. Añade el Ayuntamiento que “En el expediente, como reconoce la asociación recurrente, constan debidamente motivadas las razones que justifican la no división en lotes. Concretamente, en el informe de justificación de la necesidad del contrato se indican las siguientes: Sinergias entre labores de las prestaciones a licitar, vinculación material y unidad funcional entre los servicios incluidos en el servicio integral.

Eficiencia de los recursos económicos.

Se detalla la pormenorización de las prestaciones incluidas en cada servicio, y la existencia de labores transversales e intrincadas para cada uno de ellos, de acuerdo con el siguiente cuadro: (...)”.

Debe recordarse que previamente a la entrada en vigor de la LCSP, el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE explicaba la conveniencia de división de los contratos en lotes “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 posteriores de los proyectos”. En cuanto a la configuración de los lotes señala “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”. Pero exige una motivación de la decisión de no división en lotes “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”.

Si bien es cierto que la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional del órgano de contratación se encuentra sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la LCSP, como explica en su preámbulo, es “Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas (...))”.

A diferencia de lo que se establecía en el artículo 86.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), la nueva LCSP en el artículo 99



precisa “2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

3. 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”.

Por otro lado, el contenido del artículo 34 de la LCSP es idéntico al del artículo 25 del TRLCSP, ambos establecen: “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.

2. Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante”.

De lo expuesto se concluye que aunque es posible licitar de forma conjunta la contratación de diferentes prestaciones, siempre que cada una de éstas se defina independientemente de las demás, en aras a fomentar y favorecer el mayor acceso de la PYME a las licitaciones, la posibilidad de acumular prestaciones en un solo contrato se configura en la Ley como excepcional y debe estar debidamente justificada en el expediente de contratación su necesidad y la complementariedad de las prestaciones a acumular. A ello cabe añadir que la justificación de la no división en lotes debe responder a una de las dos previstas en el artículo 99, esto es, o bien que la división puede plantear problemas de concurrencia o bien que la misma dificulte la ejecución satisfactoria de las prestaciones a contratar. Lo que resulta indiscutible que las sinergias económicas o la posibilidad de obtener ahorros y economías de escala en la contratación, no constituye causa válida de justificación.

Debe recordarse que la acumulación innecesaria de objetos en un mismo contrato sería contraria a los principios de concurrencia y libre competencia en la contratación pública, al permitirse que un mayor número de empresas puedan optar al contrato. La división en lotes puede ser un mecanismo eficaz para incrementar la competencia en la adjudicación. El principio de concurrencia tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación individual de las diversas prestaciones que componen el objeto a la pequeña y mediana empresa intensificando la competencia.



Como ya se ha puesto de manifiesto, la decisión de agrupar en un único contrato diferentes prestaciones con un sólo empresario deberá ser adoptada en su caso justificadamente por el órgano de contratación y establecerse así en los pliegos reguladores de la contratación, considerando, en su caso, no sólo razones de eficiencia que sean ciertas o estén comprobadas, sino también las circunstancias que concurren en las empresas de los sectores correspondientes a las actividades objeto del contrato, concretamente, las que afectan a la competencia y se refieren a sus posibilidades de prestar simultánea y eficazmente servicios de diferente naturaleza.

Obra en el expediente la correspondiente justificación de la no división en lotes en la que se recogen las razones alegadas por el órgano de contratación en su informe y los posibles ahorros en materia de personal que se producen.

Aunque formalmente se ha cumplido con la obligación de justificar la no división del contrato en lotes, considera el Tribunal que no existe una motivación adecuada y razonable. Así, como indica la recurrente, la justificación de la acumulación de prestaciones que manifiesta el órgano estar basada en la sinergias entre labores y la eficiencia de los recursos económicos, son afirmaciones que no se basan en una argumentación adecuada puesto que a lo largo de todo el expediente se constata que las actividades objeto del contrato son distintas y muy diversas unas de otras, tanto respecto a las labores, como las frecuencias, maquinaria, personal etc. Y tampoco se aprecia qué ahorros y ventajas organizativas se derivan de la contratación conjunta de unas prestaciones que se han de desarrollar de forma separada cuestiones que además no permiten fundamentar la no división en lotes del contrato de acuerdo con el artículo 99.3 de la LCSP.

No se concreta tampoco cómo se produce mayor eficacia en la realización de la totalidad de prestaciones por un solo adjudicatario ni cómo se socavaría la adecuada ejecución del contrato y ni el mayor coste que supondría la división en lotes pues aunque se incluyen unos cuadros explicativos, las actividades recogidas



en el PPT se presentan de forma independiente, aunque algunas puedan ser semejantes, al igual que los presupuestos previstos para cada una de ellas, que están perfectamente diferenciados.

No puede justificarse ni presuponerse que la agrupación en un solo lote suponga mayor eficacia en la realización de los trabajos pues si se obliga a que sólo puedan participar en la licitación aquellas empresas que oferten a la totalidad de los diversos servicios objeto del contrato, se corre el riesgo de excluir empresas especializadas que podrían haber formulado ofertas muy ventajosas, incluso las más ventajosas, a la parte o lote de servicios correspondiente a su especialidad o zona geográfica. Es más la licitación por lotes, en la que los candidatos pueden presentar ofertas a uno, a varios o a todos los lotes, también puede garantizar que un mismo licitador resulte adjudicatario de la totalidad de los lotes.

En cuanto a la afirmación del órgano de contratación de que no es posible diferenciar y/o separar la limpieza de vías públicas, como la limpieza de zonas verdes o naturales, ya que, en ambos casos, las labores a realizar son las mismas, no se corresponde totalmente con la regulación del PPT en el que, como ya hemos dicho, se contemplan la totalidad de las prestaciones, constando en el apartado 2.1 la recogida de residuos urbanos, en el 2.2 la explotación de los puntos limpios, en el 2.3 limpieza de vías y espacios públicos incluidos jardines y en el 2.4 el mantenimiento de zonas verdes y zonas naturales. Cada apartado con sus objetivos, alcance, sistema, actividades, frecuencias y horarios perfectamente diferenciados y susceptibles de ejecución de forma independiente.

Por todo ello, considera este Tribunal que los Pliegos que rigen esta licitación, en cuanto no justifican adecuadamente la no división en lotes del objeto contractual, no se acomodan a lo establecido en la vigente LCSP por lo que debe estimarse el recurso.



En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don José María Hernández de Andrés, en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes y naturales” del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, anulando los Pliegos y el procedimiento de adjudicación que deberá iniciarse de nuevo procediendo a la división en lotes del contrato.

Segundo- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.



De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: **1259436778352634967233**