

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 8 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.N. y don J.M.S., en nombre y representación de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales, AFELIN, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Servicio de limpieza de las sedes judiciales adscritas a la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: A/SER-008131/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 16, 23, 24 y 27 de octubre de 2017, se publicó respectivamente en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el DOUE, el BOE y en el BOCM, el anuncio de la licitación del mencionado contrato, a adjudicar por procedimiento abierto, sin división en lotes y con pluralidad de criterios. El valor estimado asciende a 19.061.561,06 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que el objeto del contrato, según consta en la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares (PCAP), es: *“Servicio de limpieza de las sedes judiciales adscritas a la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno*
División en lotes: No”

Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) determina el alcance de los trabajos de la siguiente manera:

“Limpieza de edificios

(..)

Recogida de residuos

(..)

Suministro y reposición de contenedores, higiénico-sanitarios

(..)

Suministro y reposición de consumibles y accesorios

(...)

Tratamientos de desinsectación y desratización:

Campaña general anual de desinsectación y desratización, aportando el licitador plan de actuación y los elementos necesarios para realizar dicha campaña, así como el mantenimiento preventivo mensual entre campañas. Se incluyen los tratamientos puntuales que puedan ser necesarios en cualquiera de los inmuebles.

Dentro de este apartado se considerarán incluidas tres limpiezas anuales especiales, realizadas por empresa cualificada, consistentes en la desinsectación y limpieza interior de las cámaras frigoríficas del Instituto Anatómico Forense, con el fin de mantener las adecuadas condiciones de higiene en el medio laboral.

Servicios Especiales

- Se consideran incluidas en el precio del contrato las limpiezas especiales en cualquiera de las dependencias de las sedes judiciales que figuran en el Anexo 1, tanto en Madrid capital como en las sedes de la periferia, donde se hayan realizado cualquier tipo de obras o adaptaciones necesarias para el normal desarrollo de la actividad, y después de la limpieza fin de obra a realizar por el constructor.

- De igual forma se consideran incluidos en este Pliego aquellas actuaciones de limpieza no descritas en el mismo, que por su naturaleza de urgencia o necesidad (limpiezas o desinfecciones especiales) deban realizarse.

- Así mismo, se considera incluido en este Pliego la realización del servicio de lavandería en las Sedes de Plaza de Castilla e Instituto Anatómico Forense, cuando así se requiera por la Dirección del Contrato y por el período que se determine”.

Tercero.- El 30 de octubre de 2017, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de AFELIN en el que alega que *“en los pliegos impugnados se produce una vulneración de los principios de libre competencia y de igualdad de trato, restringiendo, obstaculizando y falseando la competencia. La vulneración se produce ya que se ha procedido agrupar servicios tan diferentes en un mismo contrato sin que pueda delimitarse por lotes, lo que limita la competencia y favorece a un número muy reducido de empresas, por lo que, en estas circunstancias, nunca puede ser prioritario el interés público representado por los objetivos de simplificación, eficiencia y economías de escala por encima de los principios de libre acceso a la licitación, publicidad, transparencia e igualdad de trato además de agrupar en un solo contrato la ejecución del servicio de limpieza de 67 sedes judiciales localizadas en diferentes puntos de la Comunidad de Madrid, dos locales y un archivo.*

En los pliegos de la licitación además indica expresamente que no se producirá la división por lotes y la división por unidades donde se preste el servicio, sin justificarla y sin presentar informe alguno que lo justifique”.

Cuarto.- El 3 de noviembre de 2017, el órgano de contratación remitió copia del expediente y el informe a que se refiere el artículo 46.2 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). Considera que los pliegos son ajustados a derecho y que está justificada la no división en lotes y la agrupación de prestaciones por las razones que se analizarán al resolver sobre el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues la publicación y puesta a disposición de los pliegos tuvo lugar el 24 de octubre y la interposición del recurso el 30 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos que han de regir un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El objeto contractual es la limpieza de las sedes judiciales que constan en el Anexo I del PCAP, 67, situadas dentro del ámbito geográfico de la Comunidad de Madrid, sin división en lotes.

Como primer motivo de recurso se alega la necesaria división del contrato en lotes. Según la recurrente, *“los pliegos impugnados, al agrupar en un solo contrato servicios con prestaciones tan diversas y en edificios y locales situados en diferentes municipios y direcciones entre las que no se aprecian relaciones de complementariedad ni vinculación material, infringen los postulados del artículo 25.2 TRLCSP, afectando negativamente a los principios de libre acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, principios que deben ser interpretados a la luz de la normativa comunitaria, que propugna la división de grandes contratos en lotes como medida para aumentar la*

competencia (...) Tenemos que decir que entre otras, en las Resoluciones 262/2017, de 10 de marzo, 221/2017, de 24 de febrero, 223/17, de 3 de marzo, 724/16, de 16 de septiembre, 801/16 y 803/16, de 7 de octubre, las nuevas Directivas de contratación animan a los poderes adjudicadores a dividir los grandes contratos en lotes, y ello con el fin de fomentar la participación de las PYME en las licitaciones públicas: La Directiva 2014/24/UE establece un cambio de planteamiento en la regulación de la división de los contratos públicos en lotes con la finalidad, declarada en su Considerando 78, de adaptar la contratación pública a las necesidades de la PYME, animando a los poderes adjudicadores, de acuerdo con 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’, a dividir los grandes contratos en lotes, de forma que se facilite la participación de la PYME. En consecuencia, y de acuerdo con el artículo 46 de la Directiva, que goza de efecto directo, ‘Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes’, siendo así que, cuando el órgano de contratación decida no dividir el contrato en lotes, debe explicar en el pliego o en un informe específico las razones de su decisión”.

El órgano de contratación en su informe señala que “aunque el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo señala que los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes, los poderes adjudicadores tienen la potestad de no subdividir en lotes (salvo en los casos cuya división resulte obligatoria), si bien tienen la obligación de indicar las principales razones por las cuales han decidido no realizar tal subdivisión. Estas razones quedaron reflejadas mediante escrito de la Dirección General de Justicia con fecha 7 de junio de 2017”.

El informe de la Directora General de Justicia, justificativo de las razones de la no división en lotes, concluye que “el contrato de ‘Servicios de Limpieza de las Sedes Judiciales Adscritas a la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid’ que se propone afecta a un número muy

elevado de inmuebles dispersos por todo el territorio de la Comunidad de Madrid, edificios que presentan tipologías y necesidades de limpieza muy diversas, con gran afluencia de público y en las que se prestan además servicios adicionales como la recogida y destrucción de piezas de convicción, reciclaje de papel y cartón, tratamientos de desinsectación, desratización y desinfección y suministro de productos higiénicos. Todo ello aconseja que sea una única empresa la adjudicataria del servicio y el contrato no sea dividido en lotes en aras a una eficaz integración de las diversas prestaciones del servicio y a una mejor coordinación del mismo desde los servicios técnicos de la Dirección General”.

Respecto de la posible división en lotes del objeto del contrato, el artículo 86.3 del TRLCSP determina que *“cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”.*

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE establece en su artículo 46 que, *“1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84.*

(...)”.

La principal novedad de la Directiva, que ha de servir de criterio interpretativo del artículo 86.3 del TRLCSP una vez expirado el plazo de transposición, es que la división del objeto del contrato en lotes deja de ser la excepción y se convierte en regla general debiendo constar en el expediente informe motivado de las razones por las que ha decidido no subdividir en lotes.

La Directiva resulta aplicable en virtud de su efecto directo, al no haber sido transpuesta en el plazo previsto para ello, de manera que a partir de la finalización del periodo de transposición, 18 de abril de 2016, es necesario justificar en el expediente de contratación las razones por las que una licitación no se divide en lotes.

Con la finalidad de facilitar la participación de las PYME en la contratación pública la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en sus considerandos 78 y 79, señala que la contratación pública debe adaptarse a las PYME siendo 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, para aumentar la competencia, anima a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes. Y cuando decida que ello no es conveniente, el informe específico o los pliegos deben incluir una indicación de las razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados por el poder adjudicador.

Si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre concurrencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que *“podrá”* establecer tales lotes, en los términos del artículo 86 del TRLCSP. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo supongan una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento. El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser

matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

Asimismo, el texto de la Ley de Contratos del Sector Público, recientemente aprobado por el Congreso de los Diputados, prevé que cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios y admite como motivo válido, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros, el hecho de que a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato, dificulta la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico.

Tal como se indica en la Nota Informativa 2/2014, de 9 de mayo, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en el diseño de los lotes se puede tener en cuenta la viabilidad técnica de la ejecución del contrato, en aquellos casos que, por motivos de incompatibilidades o de dificultades técnicas de uso o de mantenimiento, se considere más conveniente que sean ejecutados por la misma empresa contratista.

Consta en el expediente el informe de justificación de la no división en lotes pero las razones que señala, inmuebles dispersos, edificios con tipologías y necesidades diversas y la necesidad de una eficaz integración de las prestaciones, podría motivar, en principio, la agrupación de las distintas prestaciones incluidas en el contrato pero resulta insuficiente para no la no división en lotes.

El hecho reconocido del elevado número de inmuebles (67) y su dispersión geográfica avalan la conveniencia de división del contrato. Por otro lado, la división

en lotes no impide conseguir la eficacia perseguida y además permite que exista una mayor concurrencia en la licitación, al permitir a empresas de medio tamaño participar en la misma.

La posibilidad de una mejor coordinación del contrato desde los servicios técnicos no puede ser por sí sola, razón suficiente para la no división de lotes de un contrato de limpieza de una pluralidad de edificios dispersos en la Comunidad de Madrid que por la naturaleza del servicio, la posibilidad de prestación separada y aumento probable de la concurrencia, justificaría una división en lotes del mismo.

En conclusión, correspondiendo al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de no división en varios lotes, no queda justificada en el presente caso la necesidad o conveniencia de licitación conjunta para el cumplimiento de las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato, las razones expuestas en el informe que consta en el expediente, no dan cumplimiento por tanto a las exigencias legales de motivación.

Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse

Sexto.- Como segundo motivo de recurso se alega la agrupación indebida de prestaciones en el contrato.

La recurrente sostiene que “en el contrato impugnado nos encontramos con una clara disparidad de servicios que no guardan ninguna complementariedad ni vinculación, al tratarse de un contrato de limpieza de edificios y locales, servicios de suministros, desratización, y tratamiento de residuos y de papel no guardando las actividades ninguna relación ni complementariedad alguna, servicios que como ya hemos manifestado se presta en sedes muy dispares en diferentes lugares. Vistos los servicios a prestar se ve claramente que no existe ninguna relación, ni complementariedad son servicios que son diferentes, por lo que se pueden separar perfectamente en varios lotes y de esta forma favorecer la libre competencia y que puedan acceder al concurso un mayor número de pequeñas y medianas empresas

además de dividirse por sedes e inmuebles. Claramente se deduce que no existe ninguna complementariedad, ni vinculación entre los servicios que se contratan, además no tienen ninguna relación material directa no afectando a cuestiones próximas. Por lo que tenemos que decir que se produce un efecto negativo en la libre competencia y en el principio de concurrencia”.

Según informa el órgano de contratación existe una “absoluta vinculación y complementariedad de dichos servicios, y su incuestionable relación con un contrato de limpieza. El suministro de productos y materiales de ‘limpieza’, la retirada y reposición de contenedores higiénicos sanitarios de los aseos de los baños, la retirada de residuos de todo tipo (orgánicos, papel, plástico, cartón, piezas de convicción), los servicios de tratamientos DDD, que en la mayoría de los casos requieren de una limpieza y desinfección previa o posterior al tratamiento que se realiza, hacen necesario y conveniente que se presten por la misma empresa que realiza las labores ordinarias de limpieza, o por empresa subcontratada al efecto, acción que permite y prevé la Ley de Contratos del Sector Público.”

Del análisis del PPT se deduce claramente que el contrato agrupa diversas actividades relacionadas más o menos directamente con el servicio de limpieza, con el propósito indicado en el informe, al que hemos hecho referencia anteriormente, de que teniendo en cuenta el tipo de inmueble, sedes judiciales y la afluencia de público a las mismas, se preste por una sola empresa o por empresa subcontratada.

Sin embargo, de la lectura del Pliego se concluye que existen algunas actividades que sí pueden considerarse claramente relacionadas o subordinadas al el servicio de limpieza y podrían prestarse por una única adjudicataria y que por su carácter complementario, no sería eficiente ni económica ni organizativamente, como sostiene el órgano de contratación, licitarlas en procedimiento independiente. Nos referimos a la recogida de residuos, el suministro de contenedores y el suministro de consumibles de aseo.

La memoria económica obrante en el expediente fija un coste para estas tres actividades de 127.352,26 euros, para la recogida de residuos, 66.507,26 euros para los contenedores y 310.215,38 euros para el suministro de consumibles, cantidades que englobadas en un contrato de valor estimado de 19.061.561,06 euros, resultan de poca cuantía para licitarse por separado y más aún al dividir el contrato en lotes.

Por lo tanto, en estos casos no se aprecia por el Tribunal que se haya realizado una agrupación indebida de prestaciones, teniendo en cuenta la naturaleza de las mismas.

Cuestión distinta es el tratamiento de desinsectación y desratización y las limpiezas especiales del Instituto Anatómico Forense.

Estas actividades precisan que las empresas de limpieza utilicen otras formas de colaboración como el compromiso de UTE o la subcontratación puesto que, como señala el Pliego, deben realizarse por empresas especializadas que además habrán de contar con las correspondientes acreditaciones, habilitaciones o autorizaciones y su actividad está sometidas a una legislación específica.

No aparece justificada por tanto en el expediente su inclusión como prestación obligatoria del contrato conjuntamente con la limpieza, sin detallar además en ningún apartado del Pliego los requisitos de las empresas especializadas.

En consecuencia, procede estimar el motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 J.M.N. y don J.M.S., en nombre y representación de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales, AFELIN, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Servicio de limpieza de las sedes judiciales adscritas a la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid”, anulando los pliegos y el procedimiento de licitación que, en su caso, deberá iniciarse de nuevo, dividiendo el contrato en lotes y excluyendo del mismo los servicios de desinsectación y desratización y desinsectación y limpieza interior de las cámaras del Instituto Anatómico Forense que deberán licitarse de forma separada.

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 47.5 del TRLCSP.

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 de 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 49 del TRLCSP.