



**Recurso nº 632/2018 C.A. Illes Balears 38/2018**

**Resolución nº 798/2018**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 14 de septiembre de 2018.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. M.I.G.R. en representación de la Asociación Nacional de Empresarios de Transportes en Autocares (ANETRA), contra los pliegos del procedimiento "*Concesión de servicio público de transporte regular y de uso general de viajeros por carretera de Mallorca*", Expte. OB201815, convocado por el Consorcio de Transporte de Mallorca, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El día 1 de junio de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio del Consorcio de Transportes de Mallorca para la licitación del contrato de *concesión de servicio público de transporte regular y de uso general de viajeros por carretera de Mallorca*. En igual fecha fue publicado en la Plataforma de contratación del Sector Público dando acceso al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y al Pliego de Prescripciones Técnicas.

**Segundo.** Disconforme con el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la Asociación Nacional de Empresarios de Transportes en Autocares (ANETRA) interpone contra el mismo recurso especial en materia de contratación.

**Tercero.** El órgano de contratación ha remitido al Tribunal el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP), fechado el 27 de junio de 2018 y en el que se defiende la legalidad de los pliegos.



**Cuarto.** Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de éste dictó resolución de 5 de julio de 2018 acordando la concesión de la medida provisional solicitada por la recurrente consistente en la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 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. De acuerdo con lo establecido en el artículo 49.4 de la LCSP la suspensión no afecta al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

**Quinto.** Por medio de escrito de fecha 3 de agosto, la empresa “GLOBALIA AUTOCARES, S.A.”, que en fecha de 31 de julio anterior había presentado proposición en esta licitación, solicitó que se la tuviese por personada en el procedimiento y se le diera vista del expediente. Por escrito comunicado el día 3 de septiembre de 2018, se la tuvo por personada. Dicha empresa presentó el 5 de septiembre siguiente escrito de alegaciones por las que sostiene la legalidad de la cláusula del PCAP impugnada y comparte el criterio del órgano de contratación

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46 LCSP y el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Illes Balears, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

**Segundo.** La recurrente es una asociación representativa de los intereses profesionales de los empresarios de transporte, debiendo reconocérsele legitimación para interponer el recurso de acuerdo con el artículo 48 LCSP.

**Tercero.** De acuerdo con el art. 44.2 a. LCSP los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación son susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

**Cuarto.** El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50 de la LCSP.

**Quinto.** Se alega en el recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares establece un mecanismo de adjudicación de cada uno de los tres lotes licitados contrario



a la regulación contenida en la LCSP, en la medida en que se han introducido factores claramente subjetivos y discrecionales que impiden a las empresas conocer de una manera previsible y determinable los elementos que serán tenidos en cuenta por el Consorcio para la adjudicación de dichos lotes.

Se cuestiona en especial la cláusula 2.8.2. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, "*adjudicación en casos singulares*", en cuanto de acuerdo con la cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares los licitadores pueden presentar ofertas a uno o a varios de los tres lotes licitados y un mismo licitador sólo puede ser contratista de un solo lote, pero se exceptúan "*los casos que se describen en la cláusula 2.8.2 de este pliego*".

Considera la recurrente que realmente no se está regulando una excepción a la norma de que cada licitador solo podrá ser adjudicatario de un lote, sino que se está definiendo un verdadero sistema de adjudicación que no es un sistema objetivo y previsible, haciendo posible que a un licitador no se le otorgue ni el lote en el que su oferta es la mejor, ni el lote que más le interesaba en su orden de prioridades.

**Sexto.** El órgano de contratación considera justificado el sistema porque en el caso de no introducirse los supuestos excepcionales de la cláusula 2.8.2 y de producirse en efecto baja concurrencia, tendrían que declararse desiertos uno o dos lotes, viéndose así perjudicadas las empresas participantes en el procedimiento al tiempo que se causaría un perjuicio aun mayor al conjunto de la red de transporte suburbano e interurbano, tal y como razona la *Memoria justificativa de las limitaciones en la adjudicación de lotes* de 21 de mayo de 2018 -documento 18 del expediente de contratación-. El artículo 99.4 de la LCSP indica que tal justificación se deberá realizar "*en el expediente*" no en los mismos pliegos, como sostiene la recurrente.

Entiende que es pues la propia ley la que prevé que cuando se divida en lotes el objeto del contrato puedan introducirse limitaciones, bien del número de lotes por los cuales un mismo licitador puede presentar oferta, o bien, como es el caso, en el número de lotes que se puede adjudicar a cada licitador. Considera que esta limitación de un único adjudicatario por lote se fundamenta en uno de los principios inspiradores de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que en sus consideraciones previas (exposición de motivos) señala



que *"debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME"* y que *"a tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes"*. En esta misma línea, la Directiva insta a los Estados miembros a *"prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños (. . .)"*.

Mantiene que este principio, dirigido a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, podría no verse reflejado si una misma empresa licitadora fuera la adjudicataria de la totalidad de los lotes. Insiste en que el eventual resultado de que a un licitador no se le otorgue ni el lote en el que su oferta es la mejor, ni el lote que más le interesaba en su orden de prioridades, que la recurrente califica de insólito, es inherente al propio sistema de lotes previsto por la nueva LCSP y a la facultad que se otorga a los poderes adjudicadores de limitar el número de lotes a adjudicar a un mismo licitador. Para el legislador, la situación *"más ventajosa para el interés público"* se puede dar, no adjudicando cada lote a la oferta con mayor puntuación, sino haciéndolo a otra empresa (por ejemplo, la segunda más valorada) con el objeto de *"facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública"*, tal es uno de los principios inspiradores de la Directiva 2014/24/UE, transpuesta a través del artículo 99 de la LCSP.

Por otra parte mantiene que el grado de concreción de la cláusula 2.8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares permite a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la adjudicación de los lotes, basados en los juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, de manera que se garantiza el principio de transparencia e igualdad de trato y se permite revisar la decisión alcanzada por el órgano de contratación, sin dejar a su arbitrio la aplicación de los criterios de adjudicación.

Concluye por ello que la limitación del número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador ha sido debidamente justificada en el expediente, tal como dispone el artículo 99.4 de la LCSP y que la regla establecida en la cláusula 2.8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es objetiva y no es ni discriminatoria ni arbitraria.



Por su parte, GLOBALIA AUTOCARES, interesada personada en el procedimiento, sostiene en sus alegaciones presentadas, la legalidad de la cláusula impugnada

**Séptimo.** De acuerdo con la cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares los licitadores pueden presentar sus ofertas a uno o varios de los tres lotes licitados, pero un mismo licitador solo puede ser contratista de un solo lote, “*excepto en los casos que se describen en la cláusula 2.8.2 de este pliego*”.

Según la cláusula del Pliego controvertida, la 2.8.2, sobre *Adjudicación en casos singulares*:

*“Cuando se dé el caso de que un licitador “L” haya obtenido la mejor puntuación en más de un lote, con carácter general se le adjudicará el lote que corresponda de acuerdo con el orden de preferencia manifestado en su Declaración responsable (Anexo 1 de este Pliego). Sin embargo, especialmente si el número de ofertantes es bajo, se pueden dar situaciones excepcionales en las que la Mesa de contratación proponga la adjudicación de forma automática (o atendiendo solo parcialmente al orden de preferencia declarada) de uno de estos lotes al licitador “L”, en aras de priorizar que los adjudicatarios de cada lote sean empresas diferentes.*

*También en situaciones de escasa concurrencia, y con la finalidad de evitar que un lote quede desierto, se podrá adjudicar más de un lote a un mismo licitador, siempre que éste disponga de la suficiente solvencia para la ejecución del conjunto de lotes.*

*A modo de ejemplo, se muestran dos casos teóricos:*

### **CASO 1**

- *Se presentan 3 licitadores, A, B y C:*
  - *En el lote 1: A, B y C.*
  - *En el lote 2: A y C.*
  - *En el lote 3: A y B.*
- *Los licitadores han declarado el siguiente orden de preferencia:*
  - *Licitador A: 1º, el lote 2; 2º, el lote 1; 3º, el lote 3.*
  - *Licitador B: 1º, el lote 1; 2º, el lote 3.*
  - *Licitador C: 1º, el lote 2; 2º, el lote 1.*



- La siguiente tabla muestra la clasificación en la puntuación obtenida por lote:

	Lote 1	Lote 2	Lote 3
1 <sup>er</sup> clasificado:	A	A	A
2 <sup>o</sup> clasificado:	B	C	B
3 <sup>o</sup> . clasificado:	C	-	-

- En primer lugar, se adjudica el lote 2 al licitador A, de acuerdo con su preferencia declarada.
- El segundo adjudicatario debe ser el licitador B, pero no se le adjudica el lote 1, como es su preferencia, sino que se le adjudica de forma automática el lote 3, atendiendo al criterio de priorizar que los adjudicatarios de cada lote sean empresas diferentes.
- El lote 1 se adjudica al licitador C.

## **CASO 2**

- Se presentan 2 licitadores, A y B:
  - En el lote 1: A y B.
  - En el lote 2: solo A.
  - En el lote 3: solo A.
- Los licitadores han declarado el siguiente orden de preferencia:
  - Licitador A: 1<sup>o</sup>, el lote 1; 2<sup>o</sup>, el lote 3; 3<sup>o</sup>, el lote 2.
  - Licitador B: (-)
- La siguiente tabla muestra la clasificación en la puntuación obtenida por lote:

	Lote 1	Lote 2	Lote 3
1 <sup>er</sup> clasificado:	A	A	A
2 <sup>o</sup> clasificado:	B	-	-



- *En primer lugar, se adjudica el lote 3 al licitador A, atendiendo solo parcialmente a su preferencia declarada. En efecto, el licitador A había declarado que el lote 1 era su primera preferencia, pero ello impediría que existiera un segundo adjudicatario (la empresa B), no respetándose de este modo el criterio de priorizar que los adjudicatarios de cada lote sean empresas diferentes.*

- *Se adjudica el lote 1 al licitador B.*

*Por todo lo anterior, se adjudica el lote 2 al licitador A, únicamente si su solvencia resulta suficiente para ser adjudicatario del conjunto de los dos lotes (2 y 3). “*

La cláusula debe confrontarse con las previsiones legales, en concreto con las relativas a las limitaciones que pueden introducirse en caso de división en lotes del objeto del contrato. Y a estos efectos y con carácter general debe partirse de que, ciertamente, tal y como se destaca en el Preámbulo de la LCSP, *la política de fomento de la contratación pública con pequeñas y medianas empresas impregna las nuevas Directivas de contratación pública, ya desde sus primeros Considerandos, medida destacada en la Estrategia Europa 2020, en la que la contratación pública desempeña un papel esencial, y que se traslada al ordenamiento jurídico español mediante la LCSP y que en el artículo primero de dicha ley se fija como objetivo y finalidad de su regulación el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social. Ahora bien, no es menos cierto que, como se destaca en el Preámbulo de la LCSP, “Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio” y que la ley consagra el principio de integridad, dirigido a asegurar en cada fase del proceso de contratación pública el respeto de los principios cardinales en la adjudicación contractual, esto es la igualdad de trato, la objetividad y la no discriminación.*

Así pues, el objetivo de facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública no implica corrección alguna en los principios de igualdad, transparencia y la objetividad y no entraña innovación que permita ponerlos en entredicho. Y es que las Directivas prevén medidas concretas y variadas para lograr ese objetivo sin alterar el principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, como es el caso, en particular, de la división de los contratos públicos en lotes



(art. 46, con la posibilidad de que los Estados lo hagan obligatorio), pero también la reducción de los requisitos de participación (limitación de las exigencias de solvencia, art. 58), la simplificación general de las obligaciones de información en los procedimientos de contratación («*documento europeo único de contratación*» del artículo 59) o posibilitar el pago directo a los subcontratistas (artículo 71.3). Ya la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, (artículo 37.1) incorporó literalmente al 22.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) y las sucesivas reformas del TRLCSP fueron incluyendo medidas para facilitar la participación de las pymes en la contratación pública sin alterar los principios de la adjudicación; también la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización, contempló “*medidas para eliminar obstáculos al acceso de los emprendedores a la contratación pública*” y todo ello se ha incorporado finalmente a la LCSP (por ejemplo, en el artículo 87, “*Acreditación de la solvencia Económica y Financiera*”), sin circunscribir las medidas para lograr el objetivo a la división en lotes de los contratos y sin alterar en ningún caso los principios de la contratación.

Buena expresión de ello es el propio artículo primero de la LCSP, que en su primer párrafo señala que la regulación de la contratación del sector público se establece *a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.*

En definitiva, el objetivo de facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública se logra mediante la aplicación de las variadas previsiones legales que se han mencionado, que no comportan una excepción a los principios de la contratación y que no alteran en particular los de igualdad, transparencia y oferta económicamente más ventajosa.





**Octavo.** Sentado lo anterior han de examinarse los requisitos de las limitaciones de oferta o adjudicación que pueden introducirse en el caso de división en lotes del contrato, el artículo 99 de la LCSP, "*Objeto del contrato*", acogiendo el criterio sugerido por el artículo 46 de la Directiva, hace de la división en lotes de los contratos la regla general al establecer en su apartado 3 que "*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*" (para centros especiales de empleo y empresas de inserción reguladas).

Y el apartado 4 añade que "*Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, este podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:*

a) *Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.*

b) *También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.*

*Cuando el órgano de contratación considere oportuno introducir alguna de las dos limitaciones a que se refieren las letras a) y b) anteriores, así deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*Cuando se introduzca la limitación a que se refiere la letra b) anterior, además deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios (...).*

Conviene el órgano de contratación en que la limitación que se ha pretendido establecer en la cláusula 2.8.2 sería la contemplada en la letra b del apartado 4 del artículo 99 de la LCSP, es decir, una limitación del número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador. Según el precepto la limitación debe justificarse en el expediente y debe indicarse en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas



particulares y, además, deberán incluirse en los pliegos los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios.

No cuestiona el recurso la justificación de la limitación a uno del número de lotes que pueden adjudicarse a un mismo licitador, por lo que debe aceptarse la ofrecida en el expediente, como tampoco la excepción a la limitación derivada de la ausencia de otros licitadores, supuesto en el que se permite la adjudicación al licitador único de más de un lote.

Se excede sin embargo el Pliego cuando se traslada a la mesa la decisión de cuál de los lotes se adjudicará al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa en varios de ellos, marginando la preferencia expresada por el propio licitador, posibilidad que inequívocamente contempla la cláusula controvertida, con el fin de evitar que por las circunstancias que expresa la cláusula impugnada quede desierto algún lote por aplicación de la regla de que ningún licitador podrá ser adjudicatario de más de un lote, salvo en el caso de la excepción que establece. La concurrencia ha de preservarse en los términos de la ley, esto es, limitando el número de lotes de los que se puede ser adjudicatario, pero no excluyendo para el caso la mejor oferta realizada para el lote en función de que se hayan presentado o no ofertas a otros lotes, pues ello resulta contrario a los principios de la contratación, singularmente los de no discriminación, salvaguarda de la libre competencia, eficiencia y oferta económicamente más ventajosa y protección del mejor mérito. No es función de la mesa de contratación preterir las ofertas realizadas y económicamente más ventajosas en función de criterios de competencia valorados para el caso concreto. El Pliego puede limitar, tras la oportuna justificación, el número de lotes de que un licitador puede ser adjudicatario, pero no está previsto en la ley que pueda excluirse la oferta económicamente más ventajosa para un lote por razones distintas de la señalada, como sería la existencia o no de escasa concurrencia. Nada en el artículo 99.4 LCSP permite la exclusión de una oferta más ventajosa para dar preferencia a otra con menor puntuación, precisamente en contra de la preferencia manifestada por el licitador que ha presentado la mejor oferta y es relegado. Algo distinto es que se acepte la limitación del número de lotes de los que un mismo licitador puede ser adjudicatario o



que para evitar que un lote quede desierto se exceptione la regla de no adjudicar más de un lote a un mismo licitador que haya presentado la mejor oferta en más de uno de ellos

Por otra parte, la limitación de lotes de los que se puede ser adjudicatario está legalmente configurada como una excepción a la regla general de libre concurrencia y adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, por lo que debe recibir una aplicación estricta o no extensiva, quedando fuera de la ley las excepciones a la adjudicación que desborden la limitación legalmente admitida, es decir, la del número de lotes de los que se puede ser adjudicatario y que no deriven de criterios estrictamente competitivos, como sería una valoración para el caso de la existencia o no de escasa o suficiente concurrencia o la conveniencia, que siempre sería al menos discutible, de dar entrada a otro licitador que ha realizado una oferta objetivamente menos valorada.

A través de conceptos indeterminados muy amplios se viene a reconocer en el Pliego a la mesa de contratación una intervención sobre los propios criterios de adjudicación que resulta contraria a la certeza e integridad que deben presidir la contratación pública, de acuerdo con el artículo 1 de la LCSP.

El objetivo de que los adjudicatarios de los lotes sean empresas diferentes, que expresamente enuncia la cláusula 2.8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no puede perseguirse fuera de los márgenes legales, que únicamente contemplan la posibilidad de limitar el número de lotes de los que se puede ser adjudicatario.

Por ello, procede la estimación del recurso por ser contraria a los principios de la contratación, en los términos expuestos, la cláusula 2.8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la "*Concesión de servicio público de transporte regular y de uso general de viajeros por carretera de Mallorca*".

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. M.I.G.R. en representación de la Asociación Nacional de Empresarios de Transportes en Autocares (ANETRA), contra los pliegos del procedimiento "*Concesión de servicio público de transporte regular y de uso general de viajeros por carretera de Mallorca*"; y anular la cláusula impugnada del PCAP



en lo relativo a la posibilidad de que el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa en más de un lote se le adjudique otro distinto de aquél por el que ha manifestado su preferencia en aplicación de la regla del PCAP de que ningún licitador puede ser adjudicatario de más de un lote, salvo excepción, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho PCAP.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento decretada por acuerdo de la Secretaría de 5 de julio de 2018, de conformidad con el artículo 57.3 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 58.2 LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.