

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

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don J.M.N., en nombre y representación de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales -AFELIN- y por don M.S.R., en nombre y representación de Lacera Servicios y Mantenimiento, S.A., -en adelante LACERA-, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento de licitación del contrato de servicios “Limpieza integral de los Centros de Atención Especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud. Dos lotes”, número de expediente PA SER-16/2018-AE (A/SER-001672/2018), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La licitación del contrato mencionado a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios todos objetivos, dividido en dos lotes, se publicó el 8 de marzo en el BOCM, el 10 de marzo en el DOUE y el 13 de marzo de 2018 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. El valor estimado del contrato asciende a 124.188.534,69 euros y la duración es de 24 meses, con

posibilidad de prórroga durante 12 meses más. El plazo para presentación de ofertas finalizó el 16 de abril de 2018.

Segundo.- Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en el apartado 1 de la cláusula 1ª *“El objeto del presente contrato es el servicio de limpieza integral de los Centros de Atención Especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud que será ejecutado conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas y al Protocolo de limpieza integral que ha de regir en la prestación del servicio.*

División en lotes: Sí.

Número y denominación de los lotes: Dos lotes.

Lote 1:

Hospital Universitario La Paz.

Centros de Especialidades H. La Paz y H. Cantoblanco.

Hospital Carlos III.

Hospital Central de la Cruz Roja San José y Santa Adela.

Hospital La Fuenfria.

Lote 2:

Hospital Universitario 12 de Octubre.

Centros de Especialidades H. 12 de Octubre

Centros de Actividades Ambulatorias H. 12 de Octubre.

Hospital Universitario de Móstoles.

Centros de Especialidades H. Móstoles.

Hospital Universitario Severo Ochoa.

Centros de Especialidades H. Severo Ochoa.

Instituto Psiquiátrico Servicios de Salud Mental José Germain”.

El valor estimado para cada lote es:

Lote 1.- 54.650.083,77 euros.

Lote 2.- 69.538.450,92 euros.

La garantía provisional exigible para participar en la licitación de cada lote es:

Lote 1: 1.024.689,07 euros.

Lote 2: 1.303.845,95 euros.

El apartado 8 de la cláusula 1ª regula los criterios objetivos de adjudicación del contrato, atribuyendo 80 puntos al precio y los 20 restantes a otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, con la siguiente distribución:

“8.2.1. DESINSECTACION, DESINFECCION Y DESRATIZACION (3D). 10 Puntos.

Obtendrán los 10 puntos aquellos licitadores que oferten, incluido en el precio de su oferta, la realización de un sistema integral de 3D para el/los centros sanitarios que conforman el lote. El sistema requerido para su valoración será un sistema estándar con las características definidas en el pliego de prescripciones técnicas y con una periodicidad mensual, entendido como servicio complementario al de la desinfección que utiliza la empresa en la limpieza objeto de este procedimiento. El citado servicio deberá ser prestado por empresa especializada-acreditada y las aplicaciones realizadas por personal autorizado y con las correspondientes licencias.

8.2.2. SISTEMAS DE SECAMANOS. 10 Puntos”.

Además, el apartado 20 de dicha cláusula 1ª contempla la posibilidad de subcontratación hasta el porcentaje máximo del 60 % con indicación en la oferta de la parte del contrato que se pretenda subcontratar.

El PPT en el apartado 4.7 *“otras prestaciones”* define las características mínimas que deberán cumplir los servicios ofertados como criterios evaluables, entendiendo las mismas como obligación esencial del contrato y, por tanto, su incumplimiento pudiera ser considerado como causa de resolución del mismo.

Específica:

“4.7.1 SERVICIO DE DESINFECCIÓN, DESINSECTACION Y DESRATIZACION (D.D.D.).

Las empresas que realicen esta actividad deben estar en posesión del Registro de

Establecimientos Biocidas (ROESB).

Se realizará un diagnóstico previo al inicio del servicio, en un plazo no superior a un mes, desde el comienzo del contrato con el propósito de establecer un mapa de riesgos donde se definan las zonas de conflicto.

El objeto de este servicio es prevenir y combatir la presencia de roedores, en la totalidad del centro sanitario y de combatir y/o prevenir la aparición de poblaciones de todo tipo de insectos que puedan afectar a la salud pública en los Centros, mediante el uso de los tratamientos que consideren oportunos. La periodicidad del servicio será mensual”.

Tercero.- Con fecha 28 de marzo de 2018 se presentó el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de la Asociación Profesional AFELIN en el que considera indebida la división del contrato en dos lotes, lo que resulta contrario a los principios de libre competencia y de igualdad de trato. Además considera injustificado el criterio adoptado para agrupar prestaciones (limpieza y desinfección, desinsectación y desratización) que no guardan ninguna relación de complementariedad. En consecuencia solicita la anulación de los Pliegos para que se proceda a la división por lotes por situación y servicios, debiendo convocarse una nueva licitación.

Con fecha 3 de abril de 2018, la representación de LACERA, presenta recurso especial en materia de contratación en el que previamente alega que la normativa aplicable a esta licitación es la nueva Ley 9/2017, de 9 de noviembre, al no haberse perfeccionado la publicación de la licitación en un momento anterior a su entrada en vigor. Considera contrario a la normativa vigente el criterio de fraccionamiento del contrato por la indebida división del contrato en dos lotes, así como los presupuestos base de cada lote, la solvencia requerida y la garantía exigida.

El 9 de abril de 2018 el órgano de contratación remitió al Tribunal copia del expediente administrativo y su informe al mismo, oponiéndose a la estimación del

recurso por considerar los Pliegos ajustados a derecho. Alega además temeridad y mala fe del recurrente por lo que solicita al Tribunal la imposición de la multa correspondiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- A la vista de las fechas de publicación de la convocatoria y del dispar criterio de las partes en cuanto al régimen jurídico, resulta preciso aclarar el derecho aplicable al procedimiento de contratación que debe fundamentar la resolución del recurso.

Este Tribunal se ha pronunciado sobre esta cuestión en su reciente Resolución 111/2018, de 18 de abril, en la que se manifestaba, *“En cuanto el régimen transitorio, 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 (LCSP) dispone:*

Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

La primera cuestión interpretativa que se plantea es cuál es la norma de publicidad aplicable, si el TRLCSP o la Ley 9/2017. En segundo lugar qué se entiende por publicidad, si la publicidad completa en todos los medios previstos en la normativa o si es suficiente bien con la publicación de los pliegos o bien con los anuncios.

En el presente caso, (...).

El artículo 142.1 del TRLCSP, referido a la convocatoria de las licitaciones, establece que “Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, (...), deberán anunciarse en el Boletín Oficial del Estado. No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el Boletín Oficial del Estado por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales. Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además en el Diario Oficial de la Unión Europea”.

El artículo 135.1 de la Ley 9/2017, referido al anuncio de licitación, dispone: “1. El anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado». Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación. La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación”.

Por su parte, el artículo 50.1.b) de la Ley 9/2017 establece que “cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos”.

El artículo 19 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), dispone:

“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.

2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido”.

Mención esta última que, como ha advertido ya este Tribunal (en la reciente Resolución 59/2018), debería entenderse referida al acceso libre, directo, completo y gratuito por medios electrónicos en el perfil de contratante que impone el artículo 138 de la Ley 9/2017.

Así mismo el artículo 53.1 de 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, establece que “1. Los poderes adjudicadores ofrecerán por medios electrónicos un acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de la contratación a partir de la fecha de publicación del anuncio, de conformidad con el artículo 51, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés. El texto del anuncio o de la invitación a confirmar el interés deberá indicar la dirección de internet en que puede consultarse esta documentación”.

El artículo 19 del RPERMC establece que el cómputo del plazo de interposición del recurso se inicia a partir del siguiente a la convocatoria en forma legal de la licitación pero lo condiciona a que ella se haya hecho constar la forma para acceder directamente al contenido de los pliegos. La publicación en el DOUE

sin la publicación de los pliegos no permite contar el plazo de interposición del recurso.

Si la finalidad de la disposición transitoria es fijar el régimen aplicable a la contratación licitada a partir de una fecha y esta se proyecta frente a terceros no puede tomarse en cuenta una pluralidad de fechas. La fecha en que los pliegos se proyectan sobre los terceros y la fecha en que el expediente de contratación aparece como aprobado en una determinada fecha de forma indubitada es la publicidad de los pliegos y esta tiene lugar mediante la puesta a disposición en el perfil de contratante.

Con aplicación de cualquiera de las mencionadas leyes sería un contrasentido admitir que a partir de la fecha de publicación en el perfil de contratante es posible admitir un recurso contra el contenido de los pliegos (en este caso conocidos desde el 7 de marzo) y a la vez admitir que su régimen jurídico depende de la publicidad completa en todos los diarios oficiales en que es obligatoria la publicidad, lo que ha podido tener lugar 15 días después (como ocurre en este caso que fue el 22 de marzo en el BOE), superando incluso el plazo de interposición del recurso.

Si el contenido de los pliegos es conocido desde el momento de la publicación en el perfil de contratante, el régimen jurídico debe quedar ya fijado y no puede modificarse porque otras publicidades necesarias legalmente se produzcan posteriormente o porque con el TRLCZP el plazo de recurso se inicie con la publicación en el DOUE.

Así por expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017 debemos entender aquellos cuyos pliegos hubiesen sido publicados con anterioridad al día 9 de marzo de 2018 en el perfil de contratante. Si la convocatoria es un llamamiento a los interesados para que presenten oferta en un procedimiento competitivo que precisa de la posterior selección por el órgano de contratación, es el conocimiento de las condiciones y el día de publicación lo que marca la legislación que debe aplicarse.

La apertura al mercado en el sentido de que ya a partir del conocimiento de los pliegos es posible la presentación de ofertas y la impugnación del contenido de las bases de licitación determina la fecha a tener en cuenta para fijar el régimen transitorio, sin que, como hemos dicho, la publicidad en forma legal que suponga

también la obligación de difusión en otros boletines oficiales pueda modificar un régimen jurídico de una solicitud de ofertas con repercusión frente a terceros.

Esta es una interpretación que además de aceptable como adecuada a la redacción de la DT 1ª de la LCSP da mayor seguridad a la tramitación por los órganos de contratación y a los licitadores. Sería absurdo que habiendo conocido el contenido de un pliego y preparando la oferta conforme a su contenido, una publicación posterior determinase un cambio de régimen jurídico desconocido para quien está realizando la oferta en esas condiciones.

En conclusión, es el anuncio en el perfil de contratante el que marca los tiempos a efectos de publicidad y de cómputo de plazos para determinar el régimen jurídico del contrato y la admisibilidad de recursos, sin perjuicio de ser obligatoria además la publicidad tanto en el Boletín de la Comunidad de Madrid como en el Boletín Oficial del Estado”.

En este caso la publicación de los anuncios en el DOUE tuvo lugar el 10 de marzo y la puesta a disposición de los Pliegos se hizo efectiva el día 13 de marzo de 2018 en el Portal de la contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en ambos casos tras la entrada en vigor de la nueva LCSP, por lo que se debe concluir que el régimen aplicable a la licitación es el establecido en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

No obstante, cabe advertir que la aplicación de una u otra legislación no supone una resolución del recurso distinta, pues los preceptos que se invocan como infringidos del TRLCSP se mantienen con redacción muy similar en la nueva Ley, a lo que cabe añadir el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE en cuanto a la necesaria justificación de la no división en lotes.

Segundo.- 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 los recursos.

Tercero.- El recurso de LACERA ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una potencial licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP). AFELIN es una asociación empresarial representante de intereses colectivos de potenciales licitadores, cuya legitimación viene reconocida en el segundo párrafo del mencionado artículo 48 *“En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de cada recurso.

Cuarto.- Ambos recursos se plantean en tiempo, pues la publicación de la licitación y la puesta a disposición de los Pliegos en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid se produjo el 13 de marzo, siendo interpuesto el recurso de AFELIN el 28 de marzo y el de LACERA el 3 de abril, ambos dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se interponen contra los Pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Sexto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los escritos de los recursos antes mencionados, siendo el acto recurrido el

mismo y siendo aquellos esencialmente iguales en sus términos, necesariamente debe apreciarse identidad en el asunto. El Tribunal es el mismo órgano que debe resolver los dos recursos. Procede por tanto la acumulación de ambos recursos.

Séptimo.- Como primer motivo de impugnación AFELIN argumenta, en relación con el objeto del contrato, que incluye una disparidad de servicios que no guardan ninguna complementariedad ni vinculación, al tratarse de un contrato de limpieza de edificios y locales que incluye otros servicios como desinfección, desratización, etc. no guardando las actividades ninguna relación, ni complementariedad alguna, pudiendo separar las prestaciones 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.

Opone el órgano de contratación que le corresponde a él decidir si para dar satisfacción a varias necesidades, tramita uno o varios expedientes de contratación con la única limitación de no dividir fraudulentamente el objeto del contrato (artículo 86.2 del TRLCSP) y, por otro lado, que no se fusionan en un solo contrato prestaciones que carecen de vinculación objetiva entre sí (25.2 del TRLCSP).

Sostiene que la eventual acumulación en el contrato de servicios de distintas prestaciones se justifica por la necesidad de incrementar su eficacia, su eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez, aprovechar las economías de escala, lo que satisface el objetivo de eficiente utilización de fondos destinados a la contratación de servicios, en consonancia con el artículo 1 del TRLCSP. Además en el apartado 20 de la cláusula primera del PCAP está prevista la subcontratación, con un porcentaje de hasta un 60%, por lo que no limita la concurrencia dado que estas prestaciones accesorias pueden ser objeto de subcontratación.

Destaca además el escaso valor económico del servicio de desinfección, desinsectación y desratización (D.D.D) respecto del valor económico del servicio de limpieza integral de los centros sanitario (no superior al 0,01 % respecto del valor económico total del servicio de limpieza del centro sanitario) así como el que no es

obligatorio que se oferte, tan solo aparece como una mejora determinada y definida en los criterios de adjudicación.

El contenido del artículo 34 de la nueva 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”.

En aras a fomentar y favorecer el mayor acceso de la PYME a las licitaciones, la posibilidad de acumular prestaciones en un solo contrato deviene excepcional y debe estar debidamente justificada en el expediente de contratación su necesidad y la complementariedad de las prestaciones a acumular.

Con carácter general, le corresponde al órgano de contratación decidir si, para dar satisfacción a varias necesidades, tramita uno o varios expedientes de contratación. Esta discrecionalidad para configurar jurídicamente la licitación y contratación de dos o más prestaciones encuentra su límite, por un lado, en el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato y, por otro, en el de que no se fusionen en uno solo prestaciones que carecen de vinculación objetiva entre sí.

Por otro lado, la justificación de la acumulación de prestaciones que manifiesta el órgano está basada en la eficiencia, eficacia, aprovechamiento de las economías de escala, posibilidad de subcontratación, escaso valor económico de la prestación accesoria configurada como mejora, afirmaciones que no se basan en una argumentación razonada y que podría ser igualmente válidas para justificar la contratación separada de cada una de las prestaciones de limpieza, desinfección,

desinsectación y desratización que se debe acometer en todos los centros a que se refiere el contrato, a su vez de manera conjunta o desagregada por centros. En las memorias preparatorias del expediente no se determina ni la relación de complementariedad de esta prestación con la de la limpieza ni el coste del servicio de desinfección, desinsectación y desratización, ya que todas las estimaciones de coste y justificaciones ofrecidas en cuanto al objeto, presupuestos, y configuración de los lotes se basa exclusivamente en la prestación principal, el servicio de limpieza.

El contrato que se proyecta realmente no tiene un objeto con pluralidad de prestaciones. Solo incluye la limpieza, siendo que la desratización, desinfección y desinsectación son prestaciones no incluidas en el objeto del contrato y por tanto no de obligada oferta e integración en el objeto del mismo, no exigibles durante la fase de ejecución, sino que se han previsto como posibles mejoras a ofertar voluntariamente por los licitadores que con ello pueden obtener 10 puntos. Por tanto no son aplicables las previsiones del artículo 34 de la LCSP. Ningún reproche realiza el recurso a la posibilidad de formar parte de los criterios de adjudicación del contrato para seleccionar la mejor oferta. En consecuencia no se puede estimar ese motivo de recurso.

Octavo.- En segundo lugar AFELIN alega que de acuerdo con las Directivas de la UE y la legislación nacional que las transpone al ordenamiento español no cabe justificar la no división en más lotes por la dispersión de los edificios y centros con tipologías y necesidades diversas. Cita el considerando 78 y el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE que exigen se justifique expresamente que 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.

LACERA considera que la división del contrato en dos lotes elegido por el órgano de contratación es contraria al artículo 99.3 de la Ley 9/2017, y de las consideraciones 78 y 79 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la especial afectación del principio de libre

conurrencia consagrado en el artículo 1.1 de la Ley 9/2017. Considera esta licitación en dos lotes extraordinariamente grandes, tanto cuantitativa como cualitativamente, y por ese motivo inaccesibles para la mayoría de las empresas del sector con la de otras Comunidades Autónomas. Afirma que Madrid es la única que establece un fraccionamiento tan escaso, decantándose por un criterio de mínima división, que engloba en cada uno de sus dos lotes a varios hospitales de diferentes tamaños, algunos de ellos, los más grandes junto con sus Centros de Especialidades; en resumen 14 centros (entre hospitales, algunos de ellos muy importantes -8- y centros de atención especializada -6-), con una superficie total de 1.020.974,27 m², y una plantilla adscrita de 1.217 puestos de trabajo.

El órgano de contratación reitera la discrecionalidad técnica del órgano en la configuración de los lotes -acorde con el artículo 86.3 del TRLCSP-, y señala que además de respetar los principios básicos de la contratación pública recogidos en el artículo 1 del TRLCSP, se debe ponderar el principio de eficiencia que supone obtener un resultado al menor coste posible y que sugiere la utilización de las técnicas de racionalización de la contratación pública y la agregación de la demanda para obtener economías de escala (acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación o centrales de compras), con el principio de concurrencia que se encuentra íntimamente relacionado con el de publicidad y permite garantizar la libre competencia, permitiendo la valoración del mayor número de ofertas posibles. Fundamenta su decisión en las características organizativas del SERMAS que se ha dotado de una Central de Compras cuyo fin es precisamente promover la homogeneidad y garantizar la calidad de los bienes y servicios; promover economías de escala derivadas de la consideración de todos los centros de consumo y promover la racionalización y simplificación de la tramitación de los expedientes de contratación.

Explica el SERMAS que en la actualidad, el servicio de limpieza integral de los Centros de Atención Especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud abarca un total de 5 lotes para garantizar el acceso de un mayor número de empresas. El criterio general de distribución de estos lotes, es la existencia de un

gran hospital cabecera del lote como centro de primer nivel; en cada uno de ellos y varios de un tamaño menor, centros de especialidades y centros de salud mental dependientes.

Por ultimo explica que la justificación racional para los lotes escogidos consta en el expediente administrativo que da soporte a esta licitación en la que además se refleja que el motivo por el que no se hace un contrato por cada centro, es porque en este tipo de contratos existe la subrogación obligatoria en los derechos y obligaciones de personal, por lo que es imprescindible que las empresas tengan las características y dimensión necesarias para evitar impagos de nóminas, tal y como se han producido en anteriores ocasiones en este tipo de contratos de servicios.

En efecto la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión, discrecional del órgano de contratación pero sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la nueva 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 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”.

Obra en el expediente la correspondiente memoria para justificar la configuración en dos lotes, que indica que se pretende la contratación de un servicio unificado en aspectos técnicos exigibles a la limpieza integral de los centros de atención especializada, la distribución en dos lotes donde es cabecera de cada uno un hospital de cada nivel lo que permite realizar una distribución económica equilibrada y más homogénea y que cualquier otra distribución provocaría una disfunción y un desequilibrio en la estructura de la licitación.

De lo anterior se concluye que aunque formalmente se ha cumplido con la obligación de dividir el contrato en lotes, no existe una motivación adecuada y razonable del número de lotes y su distribución. Así, no se motiva la concentración de centros en lotes de tan gran tamaño (54 y 69 millones de euros). No es razonable la justificación incorporada en el informe al recurso de que con la configuración en dos grandes lotes se pretende garantizar los derechos de los trabajadores a

subrogar, pues la obligación de subrogar a los trabajadores opera igual para todas las empresas del sector sea cual sea su tamaño. La garantía de cumplimiento de las obligaciones contractuales se obtiene a través de la fijación de unos adecuados medios de acreditación de la solvencia de las empresas que se admiten a la licitación, a través del establecimiento de umbrales para la determinación de las empresas que presentan ofertas anormales o desproporcionadas que deberán justificar la viabilidad de la oferta o mediante el control de la ejecución de los contratos incluso de los pagos a los trabajadores. La adjudicación del contrato únicamente a una gran empresa en cada lote no da mayores garantías de buena ejecución y solo supone establecer unos importes de garantía provisional y unos requisitos solvencia económica y financiera y técnica o profesional que muy pocos pueden cumplir, eliminando de esta manera una competencia real y efectiva y sobre todo limitando la posibilidad de licitar a las PYMES, sin que se haya justificado una necesidad de que así deba ser. Esto se refuerza porque nada exige que la subrogación deba ser de todo el personal de forma completa.

La Directiva 2014/24/UE, en el Considerando 59, advierte que la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo, evitar la colusión y proteger la transparencia, la competencia y las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

Respecto de la discrecionalidad del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. La Directiva 2014/24/UE alude al principio de discrecionalidad en el Considerando 78, cuando afirma que *“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”*. Sin embargo, existe una posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia.

La división de los lotes tiene en cuenta, por una parte el acceso de un mayor número de empresas para que puedan prestar este servicio en la Comunidad de Madrid (en estos momentos son tres empresas diferentes las que están prestando este servicio), fomentando así la competencia y el acceso de empresas de menor tamaño, pero a su vez que cada lote tenga un volumen de trabajo suficiente que permita hacer un control y seguimiento eficaz de la prestación del servicio por las empresas adjudicatarias.

Por otra parte siendo principios generales de la nueva regulación en materia de contratos mejorar la transparencia, favorecer la igualdad de oportunidades y la no discriminación, promover la libre competencia, garantizar el acceso real de la PYME a la licitación, la defensa de la competencia, se debe justificar suficientemente la decisión de dividir en solo dos lotes un contrato que abarca a 13 centros, cuyas características –tamaño, ubicación- es desigual, sin que las razones organizativas aludidas en las memoria (la existencia de una central de compras y su finalidad) sea razón suficiente, ya que la homogeneidad del servicio a través de un protocolo de limpieza y la racionalización en una Central de Compras no están reñidos con la posibilidad de división en lotes. Tampoco es razón admisible la existencia de contrato precedente de idénticas características a que es objeto del recurso en tanto que su régimen jurídico es diferente al estar sometido en su totalidad a la anterior TRLCSP.

Por lo cual, 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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en lo que se refiere la división de lotes por lo que debe estimarse el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de

Madrid:

ACUERDA

Primero.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don J.M.N., en nombre y representación de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales -AFELIN- y por don M.S.R., en nombre y representación de Lacera Servicios y Mantenimiento, S.A., -en adelante LACERA-, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento de licitación del contrato de servicios “Limpieza integral de los Centros de Atención Especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud. Dos lotes”, número de expediente PA SER-16/2018-AE (A/SER-001672/2018).

Segundo.- Estimar ambos recursos anulando los Pliegos y la licitación, que deberá iniciarse nuevamente si persiste la necesidad, redactando nuevos Pliegos debiendo justificarse adecuadamente la división en lotes.

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 de la LCSP.

Cuarto.- 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.