



EB 2017/169

Resolución 017/2018, de 30 de enero de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L. frente al pliego de cláusulas administrativas particulares del “Contrato de servicios de la recogida y transporte de residuos domésticos y asimilables de la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla”, tramitado por la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 13 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L. frente al pliego de cláusulas administrativas particulares del “Contrato de servicios de la recogida y transporte de residuos domésticos y asimilables de la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla”, tramitado por la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla.

SEGUNDO: El expediente de contratación así como el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se presentaron en el registro del OARC/KEAO el 20 de diciembre.

SEGUNDO: No constando en el expediente interesados diferentes al poder adjudicador, no se ha dado traslado del recurso.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la representación de don E. R .P., que actúa en nombre de la recurrente. En cuanto a la legitimación, este OARC/KEAO considera que dispone de la misma por haberse acreditado en el expediente que interés tangible en el recurso; se trata una sociedad que opera en el mercado prestando los servicios de Recogida de aceites vegetales de cocina y de otro tipo para su reciclado, según consta en la escritura de constitución de la sociedad aportada, y la pretensión del recurso consiste en que la prestación del servicio de recogida de aceite de cocina usado conste en un lote diferenciado al objeto de poder participar en el procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP establece que son objeto del recurso especial los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: El recurso está interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) La cláusula 1.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que se impugna señala que el contrato no se encuentra dividido en lotes dada la necesidad de relación funcional y operativa entre la recogida en los municipios y la imposibilidad económica de división. No obstante, 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), establece en su artículo 99.3 la necesidad de dividir el contrato en lotes

b) En cuanto a la justificación aportada por el poder adjudicador, se pone de manifiesto que el servicio de recogida de aceite de cocina usado se ha venido licitando por separado desde sus inicios, por lo que no hay razón, ni de gestión ni de eficiencia, para que dicho servicio no siga siendo adjudicado de forma separada. En cuanto a los motivos económicos, que se alegan pero no se acreditan, se considera que debería ser más económica la adjudicación separada por eliminarse, de hecho, a un intermediario, pues este servicio tendrá que ser subcontratado tal y como viene a preverlo el PCAP al haber previsto la exigencia de la correspondiente autorización administrativa.

c) La pretensión del recurrente es la de la retroacción del expediente al momento de redacción de los pliegos exigiendo la separación del servicio de recogida de aceite de cocina usado en un lote diferenciado para permitir la participación de la recurrente en el procedimiento de licitación.

SÉPTIMO: El poder adjudicador, por su parte, se opone al recurso con la siguiente argumentación:

a) El expediente de contratación incluye un informe de 9 de noviembre de 2017 con una extensa justificación sobre la no oportunidad de dividir el contrato en lotes, que obedece a una multiplicidad de razones. Existe una misma función técnica y económica porque las prestaciones guardan un vínculo entre ellas: se agrupan entorno a contenedores a pie de calle. Es necesaria una coordinación entre todas las prestaciones exigidas (principio de responsabilidad única en la gestión de residuos en cuanto a la relación contratista-Administración).

b) De forma previa a la licitación se llevó a cabo un estudio preliminar de mercado con el objeto de fomentar la concurrencia y diseñar el condicionado,



donde, pesa a la publicidad dada, no participó la empresa recurrente. En este proceso quedó clara la inviabilidad de la licitación inicial (la ahora impugnada proviene de una anterior declarada desierta), donde uno de los principales problemas fue la necesidad de elevar el precio. Por ello, un elemento importante es la búsqueda del ahorro en la gestión del contrato y de la eficiencia en la prestación de servicios.

c) La LCSP alegada por la recurrente es inaplicable porque aún no ha entrado en vigor y, aunque estuviera en vigor, no es aplicable al contrato recurrido por haberse iniciado el expediente de contratación con anterioridad. Además, el recurrente cita de forma parcial e interesada el art. 99.3 LCSP que, en su párrafo segundo prevé la no división en lotes cuando existan motivos válidos.

d) . Ninguna norma obliga a los poderes adjudicadores a dividir el contrato, dejando el aceite a un lote aparte. Esta es una opción igualmente justada a la legalidad que la contraria. El hecho de que existan empresas dedicadas a una actividad relacionada con el objeto del contrato no obliga al poder adjudicador a crear un lote para ellas. El que la prestación de recogida de aceite se subcontrate dependerá de la forma de gestionar el servicio por el futuro contratista y la recurrente se puede presentar a la licitación, bien con sus propios medios bien, si no dispusiera de ellos, agrupada con otras empresas en unión temporal de empresarios.

OCTAVO: Se recurre el que no se haya dividido el contrato en un lote separado para la recogida de aceite de cocina usado, contraviniendo lo dispuesto en el art. 99.3 de la LCSP, pues la justificación aportada, además de insuficiente, va en contra de los propios actos del poder adjudicador, que anteriormente ha adjudicado esta prestación de forma separada. Considera la recurrente que ello le impide participar en el procedimiento de contratación como licitadora.

Como acertadamente pone de manifiesto el poder adjudicador, la LCSP entra en vigor el próximo 9 de marzo de 2018 (ver su Disposición final decimosexta)



por lo que su art. 99.3, alegado por el recurrente, no es aplicable al caso. En lo que concierne al TRLCSP, norma aplicable, el régimen de la división del contrato en lotes contenido fundamentalmente en el artículo 86.3 debe entenderse parcialmente desplazado en aspectos esenciales por el contenido del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE (que se incorpora a nuestro Ordenamiento en los apartados 3 y siguientes del artículo 99 de la LCSP). Sin embargo, este precepto de la Directiva, en sus apartados 1 y 2, relevantes para la resolución de la cuestión planteada, reúne los requisitos necesarios para desplegar efecto directo, por lo que es la norma que debe tenerse en cuenta para resolver la impugnación.¹

Sobre la interpretación del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, este OARC/KEAO se ha pronunciado en su Resolución 8/2018, en los siguientes términos:

«El artículo 46 de la Directiva 2014/24 establece que, si bien “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”, por otro lado señala también que “los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes”. De esta redacción se deduce que la decisión de dividir o no un contrato en lotes es parte de la facultad del órgano de contratación para fijar discrecionalmente el contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 76/2016, 84/2017 y, especialmente, 41/2015 del OARC / KEAO), y que su ejercicio solo exige la constancia de una motivación expresa si la decisión es no dividir. (...) Esta conclusión se refuerza por el Considerando 78 de la Directiva 2014/24, que indica que “la magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador” y que éste “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.” Esta última mención no debe entenderse como una patente de inmunidad absoluta frente al control jurídico, pero sí como una advertencia de que dicho control no puede entrar a valorar las razones de oportunidad alegadas por el órgano de contratación, ámbito que se identifica sustancialmente con el llamado “núcleo material de la decisión” de la discrecionalidad técnica (ver, por todas, la Resolución 99/2017 del OARC / KEAO).»

¹ Ver, el documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos”, disponible en el siguiente enlace: http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



Analizado el expediente de contratación remitido, se observa que en el mismo figura un informe de fecha 9 de noviembre de 2017 en el que consta la siguiente justificación para no dividir el contrato en lotes:

7. División en lotes

El contrato no está dividido en lotes.

Como primer aspecto para adoptar esta decisión se considera que las prestaciones incluidas en el objeto del contrato responden a una única función técnica y económica y guardan entre sí un vínculo operativo. No en vano, todas ellas tienen como finalidad la recogida y transporte de residuos depositados en su gran mayoría en contenedores de pie de calle o en Garbigune. Ello abarca la prestación del servicio de recogida y transporte de los residuos domésticos a las correspondientes plantas de tratamiento.

El contrato incluye también las tareas relacionadas con los contenedores depositarios de los residuos: sustitución, instalación, reubicación y retirada de contenedores; mantenimiento y limpieza de contenedores, puntos de recogida, equipos de recogida y transporte e instalaciones; legalización de equipos e instalaciones; ejecución, coordinación y control de la prestación del servicio; sistemas de información; así como las tareas asociadas.

Resulta exigible que en un contrato se incluyan todas las prestaciones necesarias para la satisfacción de la necesidad final del contrato (principio de objeto completo).

Por ello deben expresarse, en este informe, las principales razones por las que se decide no dividir en lotes, que son las siguientes:

A. Optimización y eficiencia del servicio:

La necesidad de no dividir este contrato en lotes viene dada por la búsqueda por un lado del ahorro en la gestión del contrato y de la eficiencia en la prestación de los servicios.

Al estar la gran mayoría de contenedores instalados de manera agrupada en islas en la vía pública, una misma adjudicataria para todas las recogidas puede recoger varias fracciones en la misma ruta, con vehículos bicompartimentados, de repaso o de limpieza. Asimismo, una misma adjudicataria poder optimizar los servicios siendo quien gestión las instalaciones propias del servicio como puntos intermedios de acopio, guarda de vehículos, etc. Esto supone un ahorro importante en personal, medios materiales y combustible. Además, cierta reducción del impacto ambiental (emisiones, ruido) y de molestias a la ciudadanía (menos vehículos atravesando las calles de los municipios).

Sucede lo mismo con el mantenimiento de los contenedores. Una única empresa puede planificar las labores de mantenimiento, reparación o sustitución de todos los contenedores de la misma isla de contenedores en la misma ruta.



En definitiva, la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división en lotes incrementa la eficiencia porque facilita el aprovechamiento de cada recurso necesario para la prestación del servicio (cargas de trabajo, gestión de bajas y vacaciones, formación, gestión de materiales, etc.).

Estos criterios de eficiencia y sostenibilidad del servicio están presentes en los pliegos y en el informe de inicio de expediente: "*Objetivos del Servicio (para qué): Prestar a la ciudadanía de los cinco municipios el servicio de la recogida selectiva y transporte de los residuos de manera más eficiente: manteniendo o mejorando la calidad de los servicios actuales desde el punto de vista de la ciudadanía y del resultado ambiental reduciendo el coste económico*".

En definitiva, se considera que existe un incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes. Ello viene motivado porque se trata de trabajos con una función y finalidad similares. La división en lotes podría generar, además, mayores costes, lo que unido a la necesidad de que la duración del contrato no exceda de 4 años podría poner en riesgo la viabilidad de la licitación.

B. Una única organización coherente

Para la buena marcha y orden de un servicio que agrupa la recogida de numerosas fracciones de 5 municipios con varios sistemas (lateral, trasera, puerta a puerta, vaciado manual) es conveniente que todos los servicios y rutas tengan una planificación coherente y una coordinación en cuanto a los recursos humanos y materiales. Esta coordinación en la ejecución de las prestaciones se garantiza mejor en un único contrato.

Asimismo, ello garantizará un tratamiento unitario.

C. Responsabilidad única

Especialmente conveniente es unificar la limpieza de contenedores y puntos de recogida. Diferentes adjudicatarias para diferentes fracciones y, por tanto, limpiezas diferentes de contenedores y zonas aledañas, en el pasado reciente han generado desencuentros sobre qué empresa es la responsable de limpiar suciedades en el entorno de los contenedores. Cuando es una única empresa, la responsabilidad no es cuestionable.

D. Interlocución unificada

La opción más interesante para el seguimiento estrecho del servicio por parte de la Cuadrilla de Ayala y de los Ayuntamientos es mediante una única interlocución responsable del cumplimiento de todas las prestaciones del servicio.

E. Una única plataforma informática de gestión

Sucede lo mismo con la plataforma informática de gestión. Es más interesante unificar el control y la monitorización de la información sobre personal (turnos, vacaciones, bajas), equipamientos; contenedores; vehículos; rutas de recogida; kilometraje; combustible



consumido; ubicación de contenedores; fecha y hora de descarga de cada contenedor; cantidades recogidas por contenedor, jornada, fracción y municipio; carga de albaranes de las plantas de tratamiento; operaciones de mantenimiento y limpieza; incidencias; medidas correctoras y seguimiento de la incidencia hasta su cierre; consultas y demandas de la ciudadanía; situaciones específicas (eventos, festividades).

Ello además de que la división en lotes generaría la necesidad de más costes contractuales debido a la necesidad de que cada uno de ellos contará con este elemento, que resulta imprescindible para asegurar la buena ejecución del contrato.

F. Herramientas de comunicación para la ciudadanía, para todas las fracciones

Esto facilita la comunicación de la ciudadanía con el servicio y mejora la comunicación de incidencias, avisos, mensajes, etc. en las dos direcciones.

Resultaría inviable tener tantas aplicaciones como potenciales trabajos a dividir en lotes. Por otra parte, el coste de integraciones informáticas en su caso, y el tiempo necesario para la puesta de las mismas en uso haría que se recibiera deficientemente el servicio a contratar por la ciudadanía.

G. No merma de la participación de pequeñas empresas

Se estima que la medida no genera una restricción de la competencia, pues si bien una división en múltiples lotes puede generar la entrada como adjudicatarias de lotes, y sin perjuicio de todas las inconveniencias que ello generaría en este contrato, las empresas interesadas en la licitación por estar capacitadas dada su actividad para realizar alguna o algunas de las prestaciones objeto de contratación siempre podrán concurrir en unión temporal de empresas, o incluso como subcontratistas, sin perjuicio de las consideraciones anteriormente expuestas.

Se observa que este informe, detallado y ajustado a las circunstancias concretas del contrato, da cumplida razón de los motivos que han instado al órgano de contratación a no dividir el contrato en lotes que, además, se refieren a extremos que a modo de mero ejemplo facilita el Considerando 78 de la Directiva 2014/24 (hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico y la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato). Consecuentemente, el poder adjudicador al configurar el contrato ha tenido en cuenta la obligación que le impone la Directiva 2014/24 de estudiar la conveniencia de la división del contrato en lotes y, siendo su criterio contrario al del principio general de división en lotes, las de aportar sus razones en un informe, sin que este



OARC/KEAO pueda ni deba sustituir la decisión adoptada en el expediente por la propuesta por el recurrente.

No puede prosperar el argumento del recurrente de que en ocasiones anteriores la prestación del servicio de recogida de aceite usado se ha licitado de forma separada, pues los pliegos que ahora se impugnan rigen un nuevo procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato, y como ha señalado este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, en este sentido la Resolución 84/2017) el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad para configurar el objeto del contrato y su clausulado de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés público. En concreto, no acredita que esta configuración del contrato haya sido efectuada en perjuicio o beneficio arbitrario de algún licitador o tipo de licitador, ni que con ella se esté restringiendo injustificadamente la competencia. Es lícito que la aspiración de los operadores económicos sea la de conseguir la adjudicación de los contratos, por considerar que la subcontratación reporta menores beneficios pero, a este respecto, el recurrente debe tener en cuenta que el TRLCSP le permite agruparse con otros operadores económicos y que, además, la agrupación puede recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, a fin de poder demostrar en el procedimiento de adjudicación que satisface el nivel de competencia o capacidad exigido por el poder adjudicador.

Consecuentemente, se puede afirmar que el poder adjudicador ha actuado dentro de su libertad para la configuración del contrato, ha justificado debidamente la no división del contrato en lotes y no se aprecia que haya infringido los límites de la discrecionalidad (fondo parcialmente reglado, principios generales del Derecho...).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la



Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L. frente al pliego de cláusulas administrativas particulares del “Contrato de servicios de la recogida y transporte de residuos domésticos y asimilables de la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla”, tramitado por la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla.

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.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2018ko urtarrilaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de enero de 2018