EB 2017/154

Resolución 008/2018, de 22 de enero 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 la empresa AERO FERR NORTE, S.A. contra los pliegos del contrato "Servicios de mensajería y paquetería para la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (departamento de Hacienda y Economía).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de noviembre de 2017 se han recibido 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 contra los pliegos del contrato "Servicios de mensajería y paquetería para la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (departamento de Hacienda y Economía).

SEGUNDO: El expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), se solicitaron el mismo día de la recepción del recurso y se recibieron en el registro del OARC / KEAO el día 5 de diciembre y 15 de enero de 2018.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 14 de diciembre, no se ha recibido ninguna.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 28/2017, de 14 de diciembre, la Titular del OARC / KEAO acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de D.R.Y.A., que actúa en su nombre.

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

CUARTO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los pliegos del contrato.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SÉPTIMO: Los argumentos de los recursos son, en síntesis, los siguientes:

a) AERO FERR solicita que se dividan en lotes los diferentes servicios detallados en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT); en concreto, entiende que el objeto del contrato debiera conformarse del siguiente modo: Lote 1 (Servicio urgente, servicio urbano), Lote 2 (Servicio urbano con bici mensajero), Lote 3 (Servicio puente o menos de diez en la CAPV, Servicio puente o menos de diez en el Estado, Servicio internacional), Lote 4 (Servicio de guardia de la gripe y de muestras y analíticas especiales) y Lote 5 (Servicio de préstamo interbibliotecario).

b) Se alega que, aunque no existiese efecto directo, los requisitos técnicos, materiales y de solvencia son muy diferentes para cada una de las

prestaciones requeridas (por ejemplo, para el transporte de muestras biológicas y para la paquetería regular); estos diferentes requisitos se desconocen en los pliegos.

OCTAVO: El poder adjudicador, por su parte, alega lo siguiente:

a) El objeto del contrato se ha dividido en dos lotes; en el lote 1 se agrupan los servicios urgente, urbano, puente o menos de diez en la CAE, puente o menos de diez en el Estado, internacional, guardia de la gripe y de muestras y analíticas especiales y los no contemplados de carácter excepcional, mientras que en el Lote 2 se integran los servicios de préstamo interbibliotecario.

b) La razón de la citada división es que en el lote 1 se han agrupado los envíos puntuales solicitados por los departamentos de la Administración de la CAE, los servicios urbanos directos en Donostia y Bilbao y los servicios menos 10 entre edificios declarados de gestión centralizada; para la gestión y control diario de los servicios no conviene dividir por lotes pues la experiencia ha demostrado que con un único adjudicatario supone menos riesgo para la ejecución del contrato. En este lote se integran también los servicios de guardia de gripe y muestras analíticas especiales; dichas muestras se solicitan para cada uno de los envíos con específicos de conservación pero están contemplados dentro de los servicios urgente o menos diez y también incluso en ocasiones es necesario solicitar un presupuesto por la excepcionalidad del pedido. El servicio de guardia de la gripe, aunque es a precio fijo mensual por territorio, se ha agrupado con las muestras analíticas especiales ya que ambos servicios corresponden al Departamento de Salud y no es operativo tener distintos adjudicatarios.

c) La razón del contenido del Lote 2 es que, por las características del servicio se ha podido separar del resto no supone ningún riesgo para el control y ejecución del contrato, siendo el departamento de Cultura y

Política Lingüística quien controla las distintas rutas y cambios en los horarios de las Bibliotecas.

NOVENO: La pretensión del recurrente es que el objeto del contrato se divida en lotes "según los diferentes servicios detallados en el mismo", y de acuerdo con la propuesta concreta que se ha recogido en el Fundamento jurídico séptimo.

El régimen de la división del contrato en lotes contenido en el TRLCSP (fundamentalmente, el artículo 86.3) debe entenderse parcialmente desplazado en aspectos esenciales por el contenido en el 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 Ley 9/2017, de contratos del sector público, que no es aplicable al caso (ver su Disposición Final Decimosexta). Sin embargo, este precepto de la Directiva reúne los requisitos necesarios para desplegar efecto directo[1], por lo que es la norma que debe tener en cuenta este OARC / KEAO para resolver la impugnación.

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. No existe la misma exigencia cuando la decisión es, como en este caso, dividir el contrato en lotes, y tampoco es

[1] Ver, por ejemplo, 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

necesario que se justifique el criterio que se ha seguido para configurar dicha división. 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).

En el supuesto analizado, se observa que se ha optado por la división en lotes (es decir, lo que la Directiva considera la regla general a falta de motivación expresa en contrario) con base en motivos de “gestión y control diario en la realización de los servicios “(ver la memoria de 2 de noviembre de 2017) y que el recurso pretende una división diferente de la efectuada. Esta pretensión debe desestimarse, pues el recurrente no puede pedir válidamente, por encima de la facultad de libre configuración del objeto del contrato que asiste a la Administración, que tal configuración le sea favorable. Especialmente, este OARC / KEAO considera que no se ha acreditado que el poder adjudicador haya diseñado el contrato de modo arbitrario o contrario a los principios generales de la contratación pública, en especial los de libre acceso e igualdad y no discriminación.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse.

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 la empresa AERO FERR NORTE, S.A. contra los pliegos del contrato "Servicios de mensajería y paquetería para la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (departamento de Hacienda y Economía).

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación ordenada por la Resolución B-BN 28/2017.

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 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de enero de 2018