

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 25 de marzo de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de las Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales, contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del “Acuerdo marco para la contratación de la administración y gestión integral de los servicios comunes de diversas promociones de la agencia de vivienda social ubicadas en distintos municipios de la comunidad de Madrid”. Número de expediente: A/SER-037945/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE de 20 de octubre (anuncio previo) y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 22 de febrero de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 5.871.211,41 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

Segundo.- El 5 de marzo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales, en adelante AFELIN, en el que solicita la anulación de los pliegos de condiciones al no dividirse en lotes el objeto del contrato conforme se establece en el art. 99 de la LCSP.

Tercero.- El 9 de marzo de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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 el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una asociación representativa de los empresarios de limpieza de edificio y locales, siendo uno de sus fines defender los intereses de sus miembros y promover y proteger la libre competencia y por tanto *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*

(Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación impugnado y los pliegos de condiciones fueron publicados el 22 de febrero de 2021 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 5 de marzo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones de un acuerdo marco de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se concreta en determinar si la ausencia de división en lotes del acuerdo marco es conforme al artículo 99 de la LCSP y demás legislación complementaria.

La recurrente manifiesta que: *“el recurso se fundamenta en que en los pliegos impugnados se produce una vulneración de los principios de libre competencia y de igualdad de trato, restringiendo, obstaculizando la competencia y todo sea dicho con el debido respeto.*

Entendemos, que la vulneración se produce ya que se ha procedido, primero agrupar servicios tan dispares y diferentes en un solo lote y segundo agrupar en un solo lote la prestación de los servicios en diferentes municipios de la Comunidad de Madrid, lo que limita la competencia y favorece a un número muy reducido de empresas el poder acceder al contrato, por lo que, en estas circunstancias, nunca puede ser prioritario el interés público representado por los objetivos de simplificación, eficiencia y economías de escala por encima de los principios de libre acceso a la licitación, publicidad, transparencia e igualdad de trato.

En los pliegos de la licitación además no justifica en ningún momento el criterio adoptado para no dividir en lotes, juntando diferentes servicios, lo que va en contra del principio general que es la división por lotes y en caso de no hacerse tiene que quedar justificada mediante informes”.

En este momento es preciso advertir que el apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares enumera los siguientes y diversos servicios:

1.- Administración.

1.1.- Funciones de secretaría.

1.2.- Funciones de gestión económica.

1.3.- Funciones de supervisión.

2.- Gestión integral de los servicios comunes.

2.1.- Limpieza de zonas e instalaciones comunes.

2.2.- Funciones de conserjería o servicios auxiliares.

2.3.- Labores de jardinería.

2.4.- Control de plagas: desinsectación, desratización y desinfección (ddd).

2.5.- Lectura de contadores. Mantenimiento, conservación y reparación.

2.6.- Mantenimiento Y Conservación De Los Sistemas De Protección Contra Incendios (Pci).

2.7.- Mantenimiento Y Conservación De Los Sistemas De Distribución De Agua Potable Del Edificio.

2.8.- Mantenimiento Y Conservación De Las Instalaciones Térmicas Del Edificio.

2.9.-Mantenimiento Y Conservación De Ascensores, Elevadores Y Montacargas.

2.10.-Mantenimiento Y Conservación De Porteros Automáticos, Video-Porteros.

Antenas De Televisión Colectiva Y Sistemas De Telecomunicación.

2.11.-Mantenimiento Y Conservación De Sistemas Automatizados De Apertura De Puertas Para Acceso De Vehículos Y De Las Instalaciones Automáticas De Riego.

2.12.- Mantenimiento y conservación de las redes de riego del edificio

Concluye el recurrente indicando: *“de lo expuesto en el PPT y del punto anterior, se desprende que tenemos una pluralidad de servicios que no guardan conexión alguna, donde en algunos de los servicios se requiere tener titulaciones y capacitaciones específicas que sin estas no se pueden realizar, como son las de administrador, secretaría, gestión económica, control de plagas y otra serie de servicios que requieren titulaciones específicas. (...). Por lo tanto, esas exigencias y requisitos impiden que muchas empresas especializadas en servicios concretos puedan acceder al contrato, como son las empresas del sector de la limpieza a las que representa AFELIN, que no tienen en sus plantillas administradores de fincas y arquitectos, pero si prestan servicios en multitud de empresas y comunidades de propietarios contratadas por estas y coordinadas por un administrador de la propiedad o por un administrador de centro comercial”.*

Añade como refuerzo a sus argumentos la dispersión geográfica de los diferentes inmuebles sobre los que se prestará el servicio e invoca numerosas resoluciones de tribunales especiales de contratación. Indica la posibilidad de que la calificación jurídica correcta del contrato sea de un contrato especial y no de un contrato de servicios, aunque se tramite como acuerdo marco, todo ello en atención a la disparidad de servicios que confluyen, considerando que aun en ese caso el art. 99.3 de la LCSP también sería aplicable y con ello la división del objeto del contrato en lotes.

Por su parte, el órgano de contratación, en su escrito al recurso, indica que la Agencia de Vivienda Social cuenta con un importante número de edificios de viviendas cuya gestión puede ser ejercida, bien por los propios usuarios de forma similar a una comunidad de propietarios, o bien, puede ser ejercida por la propia

agencia, como titular de todas las viviendas. En este momento, opta por asumir la administración de los inmuebles directamente como titular de las edificaciones a través de una empresa especializada, a los efectos de mejorar la gestión de los edificios, de manera que la empresa que resulte adjudicataria se encargue de administrar y garantizar el adecuado funcionamiento de todos los servicios y la conservación de las instalaciones y zonas comunes de los inmuebles.

Pretende, según sus propias palabras, que: *“de esta forma, los servicios de administración y gestión integral deben quedar, por lo tanto, enmarcados dentro del mismo contrato ya que ambos servicios deben ser coordinados y ejecutados por una sola empresa que es quien además realizará las funciones de administrador de las promociones objeto de licitación”*.

Considera que, cuando el recurrente habla de *“servicios dispares y diferentes”*, es preciso aclarar que los servicios, cuya prestación se solicitan, pivotan en torno a la contratación de la administración y gestión integral de las promociones objeto de licitación y por lo tanto, se trata de todos aquellos servicios que presta un administrador de fincas tal y como recoge el artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Recuerda que el PCAP permite hasta un 70% de subcontratación para la ejecución del contrato, en base a su especialidad. Entendiendo que esa subcontratación recaerá sobre empresas de limpieza, mantenimiento, asistencia etc.

Considera que la dispersión geográfica por toda la Comunidad de Madrid, no es un hecho que fundamente la división en lotes de este contrato, pues más allá del territorio lo que se persigue es la centralización de la gestión.

Concluye que en definitiva: *“todo ello supone, que el objetivo último de este contrato y el fundamento de su licitación va más allá de cada una de las prestaciones o servicios que se detallan, consideradas individualmente,*

constituyendo el verdadero objetivo del contrato la gestión centralizada, coordinada y sistemática de todas las actuaciones que se requieren para el mantenimiento, en perfectas condiciones, de las instalaciones comunes de las promociones que se incluyan en el Acuerdo. Exigiéndose además una perfecta adaptación de dichas pautas de trabajo a las especialidades que presenta cada promoción, que a priori solo se relacionan de manera orientativa”.

Vistas las posiciones de las partes, debe recordarse que previamente a la entrada en vigor de la LCSP, el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE explicaba la conveniencia de división de los contratos en lotes *“A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos”.* En cuanto a la configuración de los lotes señala *“La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. 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”.* Pero exige una motivación de la decisión de no división en lotes *“Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa*

desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.

Si bien es cierto que la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional del órgano de contratación se encuentra sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la 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 (...).”*

El artículo 99 de la LCSP 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”.

Por otro lado, el artículo 34 de la LCSP establece: “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”.

De lo expuesto se concluye que aunque es posible licitar de forma conjunta la contratación de diferentes prestaciones, siempre que cada una de éstas se defina independientemente de las demás, en aras a fomentar y favorecer el mayor acceso de la PYME a las licitaciones, la posibilidad de acumular prestaciones en un solo contrato se configura en la Ley como excepcional y debe estar debidamente justificada en el expediente de contratación su necesidad y la complementariedad de las prestaciones a acumular.

Debe recordarse que la acumulación innecesaria de objetos en un mismo contrato sería contraria a los principios de concurrencia y libre competencia en la contratación pública, al permitirse que un mayor número de empresas puedan optar

al contrato. La división en lotes puede ser un mecanismo eficaz para incrementar la competencia en la adjudicación. El principio de concurrencia tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación individual de las diversas prestaciones que componen el objeto a la pequeña y mediana empresa intensificando la competencia.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la decisión de agrupar en un único contrato diferentes prestaciones con un sólo empresario deberá ser adoptada en su caso justificadamente por el órgano de contratación y establecerse así en los pliegos reguladores de la contratación, o documentación adicional que conforme el expediente de contratación considerando, en su caso, no sólo razones de eficiencia que sean ciertas o estén comprobadas, sino también las circunstancias que concurran en las empresas de los sectores correspondientes a las actividades objeto del contrato, concretamente, las que afectan a la competencia y se refieren a sus posibilidades de prestar simultánea y eficazmente servicios de diferente naturaleza.

Obra en el expediente de contratación la correspondiente memoria de justificación de la no división en lotes suscrita por el Director Gerente de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid en fecha 16 de noviembre de 2020 con el siguiente contenido extractado:

“III. Con el transcurso del tiempo, se ha comprobado que, en determinadas promociones, este régimen de gestión (la llevada a cabo por Juntas administradoras de inquilinos que actúan como comunidades de propietarios, gestionando la totalidad del inmueble) no ha resultado satisfactorio por lo que la Agencia de Vivienda Social pretende implantar otra modalidad de gestión, contemplada también en la normativa aplicable, con el objetivo de que sea la propia Agencia la que asuma, (como propietaria), la responsabilidad en la tramitación de los servicios comunes garantizando el funcionamiento de éstos.

IV. Esta modalidad de gestión es la contemplada, en primer lugar, en el precepto citado.

Así, el artículo 55 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda, establece, en su inciso primero, que “la administración de las viviendas de titularidad pública podrá llevarse a cabo por el propio Ente titular de las mismas, bien directamente, bien mediante encargo a empresas especializadas”.

V. La Agencia de Vivienda Social opta, pues, por asumir la administración, a través de una empresa especializada, a los efectos de mejorar la gestión de los edificios, de manera que la empresa que resulte adjudicataria se encargue de administrar y garantizar el adecuado funcionamiento de todos los servicios y la conservación de las instalaciones y zonas comunes de los inmuebles.

VI. Conforme a lo expuesto, se considera esencial que sea una misma empresa la que asuma y centralice la gestión integral de los servicios, estableciéndose en el pliego la posibilidad de subcontratar, hasta un 70% del importe de la adjudicación, salvo las funciones de administración que debe realizar directamente la empresa adjudicataria”.

Este Tribunal considera que en el presente caso se ha cumplido formalmente con la obligación de justificar la no división del contrato en lotes y que existe una motivación adecuada y razonable para no dividir esta contratación en lotes según los distintos servicios a prestar para el cumplimiento íntegro del objeto del contrato, toda vez que su fundamento es la gestión centralizada de la administración de las edificaciones titularidad de la Agencia Social de la Vivienda de la Comunidad de Madrid, dando por tanto cumplimiento a lo establecido en el artículo 99.3 párrafo segundo de la LCSP.

No obstante lo dicho, se ha de añadir que la anteriormente mencionada memoria de no división en lotes, no se encuentra publicada en el portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid. Si bien el artículo 63 de la LCSP no establece la obligatoriedad de su publicación, la mención que en el apartado 3 efectúa con la locución “al menos” debe entenderse como la autorización a publicar todos aquellos documentos que conformen el expediente de contratación y sean

determinantes para la validez de la licitación o de sus características, con es el presente caso, que hubiera sido conveniente su publicación.

En consecuencia con las manifestaciones anteriores se desestima el recurso en base al único motivo alegado

En cuanto a la solicitud de adopción de medidas cautelares, la resolución del recurso hace innecesario el pronunciamiento sobre ellas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de las Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales AFELIN, contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del “Acuerdo marco para la contratación de la administración y gestión integral de los servicios comunes de diversas promociones de la agencia de vivienda social ubicadas en distintos municipios de la comunidad de Madrid”.
Número de expediente: A/SER-037945/2020

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

Madrid, a 31 de marzo de 2021
LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

