



EB 2018/168

Resolución 012/2019, de 17 de enero de 2019, 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 A.R.T. ARABAKO ROCKODROMOEN TEKNIKARIAK, KOOP. ELK. TXIKIA contra los pliegos del contrato “Ejecución de las actividades y Servicio de Rocódromos Municipales de Vitoria – Gasteiz (enero 2019 a julio 2019)”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de noviembre de 2018, A.R.T. ARABAKO ROCKODROMOEN TEKNIKARIAK, KOOP. ELK. TXIKIA (en adelante, ART) interpuso, 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) un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato “Ejecución de las actividades y Servicio de Rocódromos Municipales de Vitoria – Gasteiz (enero 2019 a julio 2019)”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

SEGUNDO: El día 21 de noviembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO el día 26 de noviembre.





TERCERO: Con fecha 30 de noviembre se solicitaron alegaciones al único interesado que consta en el expediente, no habiéndose recibido ninguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Constan en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.S.V.S., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP son objeto de recurso especial los pliegos que rigen la licitación del contrato.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

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

- a) ART estima que la división por lotes establecida en los pliegos es inviable; en concreto se alega la dificultad para delimitar la responsabilidad de los adjudicatarios de cada lote, los problemas ocasionados por compartir material e instalaciones entre dos empresas con obligaciones contractuales distintas, las inversiones obligatorias en material deportivo y el hecho de que el lote 2 carece de un calendario fijo o definido.
- b) El recurrente alega que el lote 2 es económicamente insostenible; para él se detallan unas condiciones en las cuales el programa escolar y el uso del transporte no están correctamente indicados; ello abunda en la falta de razonabilidad de la división en lotes operada.
- c) Finalmente, se solicita la anulación de los pliegos, de la documentación contractual y del anuncio de licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La configuración del contrato en lotes es una facultad del poder adjudicador en la que no está vinculado por actuaciones precedentes.
- b) Las responsabilidades de los contratistas de cada lote se definen en las obligaciones contractuales previstas en los pliegos, la titularidad del material deportivo vinculado al contrato es del Ayuntamiento, y la coordinación en sus variantes de utilización (en función de las características del servicio o de los programas o campañas a desarrollar) corresponde al Servicio de Deportes, al igual que sucede con las actividades deportivas que se realicen en los espacios definidos en el contrato (horarios de apertura, etc.); la obligación de compra,



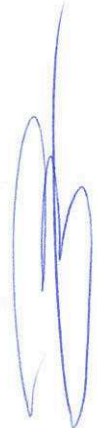
actualización y renovación del material deportivo corresponde al adjudicatario del lote 1 en coordinación con el Servicio de Deporte.

c) La viabilidad económica del lote 2 está respaldada por la valoración de los gastos derivados de la ejecución de los programas o cursos similares implementados y ejecutados en Vitoria – Gasteiz por entidades contratadas por el Servicio de Deporte para esta tipología de contratos.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso se basa en dos motivos de impugnación. Por un lado, se denuncia que la división en lotes establecida en los pliegos hace inviable la adecuada ejecución de la prestación en el caso de que cada lote se adjudique a un licitador distinto. Por otro, se estima que el lote 2 carece de viabilidad económica, habida cuenta de los precios fijados y de la incertidumbre sobre el alcance de su objeto. Además, con carácter previo, debe analizarse la alegación del Ayuntamiento, que considera que, dado que ART ha presentado oferta para ser adjudicataria del lote 1, la impugnación es contraria a sus propios actos. A continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre el recurso como actuación de ART contraria a sus propios actos



Las alegaciones del Ayuntamiento sobre la incoherencia entre la interposición del recurso y de una oferta al lote 1 no pueden aceptarse. Debe tenerse en cuenta que ART considera inviable económicamente el lote 2, pero no presenta oferta para conseguir su adjudicación, lo que sí hubiera sido incongruente, pues nadie pretende obtener un contrato si cree que ello le va a suponer pérdidas (ver, por ejemplo, la Resolución 64/2017 del OARC / KEAO). Por otro lado, aunque solicita la nulidad de los pliegos por considerar inviable la división en lotes, no puede descartarse que, si se desestimara el recurso, le pueda interesar el contrato del lote 1 a pesar de ello, pues, aunque alega inconvenientes en la ejecución de la prestación, no niega su autonomía financiera.



b) Sobre la inviabilidad de la división en lotes establecida en los pliegos

La decisión de adjudicar o no el contrato por lotes, así como la elección de los criterios con los que se estructure ésta (territoriales, funcionales, etc.) en el caso de que se opte por la partición, se insertan dentro de la facultad discrecional que asiste al poder adjudicador para configurar el objeto del contrato de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés general (ver, por todas, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO). Como todas las potestades discrecionales, tiene un núcleo susceptible de control legal que la limita y que permite a los operadores jurídicos (singularmente, a este OARC / KEAO) emitir un juicio en Derecho sobre su concreto ejercicio; en este núcleo figuran, por citar los elementos más relevantes para el caso estudiado, el fondo parcialmente reglado de la potestad y el respeto a los principios generales del Derecho y, en especial, a los recogidos en el artículo 1 de la LCSP. En cuanto al fondo parcialmente reglado, hay que señalar que la división del contrato en lotes, que la LCSP considera ahora como la opción preferente (ver el artículo 99.3 de la LCSP y, por ejemplo, la citada Resolución 136/201) es, en cierto sentido, una excepción a la clásica regla de prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato contenida ahora en el artículo 99.2 de la LCSP. El fundamento de la excepción radica, en primer lugar, en que la división en lotes no altera drásticamente las normas procedimentales y de publicidad que se habrían aplicado aunque no hubiera existido dicha división, resultado fraudulento que el principio general pretende evitar (artículo 99.6 de la LCSP) y, en segundo lugar, lo que es más importante para este caso, en que no se trata de una partición caprichosa en prestaciones sin identidad funcional propia (claro indicio del carácter fraudulento del fraccionamiento); por el contrario, el artículo 99.3 de la LCSP recuerda que cada lote debe ser susceptible de "realización independiente". Por lo que se refiere a los principios generales, es especialmente relevante determinar si la decisión de dividir y la elección de los criterios de la división se sustentan en razones atendibles que los justifican y que descartan una actuación arbitraria del poder adjudicador contraria a principios como el libre acceso al procedimiento de adjudicación, la igualdad de trato o la salvaguarda de la libre competencia; esta actuación se



daría si, por ejemplo, la estructura del contrato a los efectos de su adjudicación se ha configurado de modo que beneficia o perjudica a un licitador o categoría de licitadores sin causa suficiente y proporcionada que lo explique. No obstante, debe señalarse que, a diferencia de lo que sucede con la decisión de no dividir, la decisión de dividir y la elección del criterio de configuración de los lotes no están sujetas a una motivación expresa que deba constar en el expediente. Finalmente, hay que señalar que los potenciales licitadores no tienen un derecho a exigir al órgano de contratación una estructura de los lotes que les sea favorable y que se imponga a la facultad de fijar discrecionalmente el objeto del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2018 del OARC / KEAO).

Una vez delimitado el alcance del control jurídico que este Órgano puede ejercer, procede iniciar el análisis de la pretensión partiendo del contenido pertinente al caso de los pliegos impugnados, cuya literalidad es la siguiente:

Punto 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas

1. OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del contrato es la ejecución de las actividades y del servicio de rocódromos municipales.

El servicio de rocódromos tiene como objetivo general permitir el acceso de la ciudadanía a las zonas deportivas específicas (boulders y muros) para una práctica deportiva segura y adaptada a las características de estos espacios.

Para ello, será necesario dinamizar y habilitar dichos espacios deportivos, lo que implica el desarrollo de las siguientes acciones específicas divididas en los lotes que a continuación se detallan:

LOTE 1: SERVICIO ROCÓDROMO y ACTIVIDAD DEPORTIVA COMPLEMENTARIA.

El lote-1 consta:

- **por una parte, del Servicio de Rocódromo** que se identifica como la planificación y ejecución de acciones que permiten la apertura y disponibilidad de las zonas deportivas específicas (boulders y muros) para una práctica deportiva a demanda de los/as practicantes de modalidades deportivas de escalada, así como para el adecuado desarrollo de los programas municipales señalados en el lote 2.



- y por otra, a partir de propuestas deportivas elaboradas por la entidad adjudicataria y de acuerdo a lo señalado en este Pliego, la ejecución de una actividad deportiva complementaria a la municipal y que tendrá por objeto incrementar la eficiencia de los equipamientos diversificando su uso partir de nuevas demandas de personas y colectivos.

LOTE 2: PROGRAMACIÓN DEPORTIVA MUNICIPAL

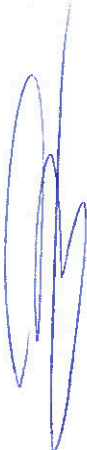
El lote-2 comprende la ejecución de los programas (campañas y cursos) municipales.

- **Programación deportiva municipal.** Ejecutar los programas de promoción deportiva municipales propios. La actividad deportiva programada se ejecutará bajo la dirección y guía de personal habilitado (con conocimientos pedagógicos, con dominio de las técnicas a impartir y con la preparación suficiente en medidas de seguridad).

La división de la ejecución del contrato en lotes permite a las entidades licitadoras presentarse a un solo lote o a los dos los lotes.

Caratula del pliego de cláusulas administrativas particulares

LA FORMALIZACION DEL LOTE "2" QUEDARÁ CONDICONADA A LA ADJUDICACION Y FORMALIZACION DEL LOTE "1".DE QUEDAR DESIERTO EL LOTE "1" NO SE FORMALIZARÁ EL LOTE "2" PROCEDIENDOSE A LA DEVOLUCION DE LAS OFERTAS , EN SU CASO , PRESENTADAS, POR LOS LICITADORES¹



A la vista de todo ello, se observa, en primer lugar, que no consta en el expediente de contratación ninguna justificación expresa del criterio con el que se han configurado los lotes, ni de las razones económicas, técnicas, organizativas o de otro tipo que lo aconsejan. Como ya se ha señalado, ello no infringe la LCSP, que no exige formalizar dicha motivación explícita. Sin embargo, una vez planteado por el recurrente la inviabilidad de la división, es llamativo que el informe del poder adjudicador tampoco justifique la pertinencia del sistema elegido ni señale las razones que llevaron a su adopción, limitándose a desmentir los argumentos de ART sobre las inconveniencias que plantearía la adjudicación del contrato a dos empresas distintas. A falta de dicha explicación, este Órgano considera que la división practicada es artificiosa, como se desprende del hecho de que en el lote 1 está comprendida la "planificación y ejecución de acciones" que faciliten la "apertura y

¹ En negrita y mayúsculas en el original.



disponibilidad” de los espacios e instalaciones en los que va a ejecutarse la prestación que constituye el objeto del lote 2; es decir, la división no permite la “realización independiente” característica de cada uno de los lotes, tal y como exige el artículo 99.3 de la LCSP; por el contrario, prevé la realización simultánea e interdependiente o subordinada de ambos, de modo que el lote 2 no puede ejecutarse si, por ejemplo, el contratista del lote 1 incumple sus obligaciones contractuales. Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que los pliegos condicionen la formalización de dicho lote 2 a la del lote 1, de modo que, de quedar desierto este último, no se formalizaría la adjudicación del primero. Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación del procedimiento de adjudicación.

c) Sobre la viabilidad económica del lote 2

Habida cuenta de que la estimación del primer motivo de recurso supone la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación, no es preciso entrar en el segundo motivo de impugnación, ya que se refiere a la falta de viabilidad económica de un lote cuya configuración resulta de una división del objeto del contrato carente de validez. En este sentido, si el Ayuntamiento decide iniciar un nuevo procedimiento para adjudicar el servicio, los nuevos pliegos habrán de disponer, bien la no división en lotes del contrato debidamente justificada, bien una división en lotes distinta de la que ahora se anula, por lo que no es necesario que este OARC / KEAO se pronuncie sobre la citada cuestión.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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:



RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por A.R.T. ARABAKO ROCKODROMOEN TEKNIKARIAK, KOOP. ELK. TXIKIA contra los pliegos del contrato "Ejecución de las actividades y Servicio de Rocódromos Municipales de Vitoria – Gasteiz (enero 2019 a julio 2019)", tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz, anulando los pliegos y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko urtarrilaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de enero de 2019

Begoña Arroita Jauregi Jayo

Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra

Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales