



Recurso 956/2014

Resolución nº 918/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 12 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso presentado por D. R.G.N., actuando en nombre y representación de la Confederación Española de Agencias de Viajes (en adelante CEAV) contra el artículo I (división por lotes) del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares (PCAP) y correlativo del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) reguladores de la contratación del expediente 11/14 de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación "CONTRATO DE AGENCIA DE VIAJES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO", este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Los pliegos del contrato antes referido fueron publicados en la Plataforma de contratación del Estado el 7 de noviembre de 2014, y la licitación que nos ocupa por procedimiento abierto en el DOUE y BOE de 12 de noviembre de 2014 con un valor estimado del contrato de 171.011.189,00 euros.

Segundo. En lo que nos interesa, los pliegos contemplan la existencia de los siguientes cuatro lotes:

- Lote 1: Ministerio del Interior y Ministerio de Defensa.
- Lote 2: Ministerio de Economía y Competitividad, Ministerio de Industria, Energía y Turismo y Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- Lote 3: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Ministerio de la Presidencia y Presidencia del Gobierno, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y Ministerio de Justicia.



- Lote 4: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Ministerio de Empleo y Seguridad Social y Ministerio de Fomento y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Y el valor estimado: 171.011.189,00 euros se reparte del siguiente modo:

- Lote 1: sesenta y cuatro millones setecientos setenta y tres mil seiscientos ochenta euros (64.773.680,00 euros).
- Lote 2: treinta y seis millones tres mil treinta euros (36.003.030,00 euros).
- Lote 3: treinta y cuatro millones quinientos cincuenta y ocho mil trescientos treinta y nueve euros (34.558.339,00 euros).
- Lote 4: treinta y cinco millones seiscientos setenta y seis mil ciento cuarenta euros (35.676.140,00 euros).

Y se indica que: *"Con esta división en lotes se pretende facilitar el acceso a este tipo de contratos"*.

En el PPT se dice que *"Se ha definido el presente contrato de gestión de viajes como único y centralizado para toda la Administración General del Estado (en adelante AGE), con el objetivo último de obtener los beneficios derivados de la unificación de criterios, de la economía de esfuerzos en el lanzamiento y gestión de un único contrato por contraposición a uno por Ministerio u Organismo, así como de la agregación de la demanda asociada al tamaño de la AGE que permita obtener un precio más competitivo."*

Tercero. Con fecha 24 de noviembre se interpuso el presente recurso, en el que se aduce que la división en los antedichos lotes *"supone una discriminación de la igualdad de trato entre los licitadores e infringe el principio de libre competencia por cuanto los importes de los lotes impiden la licitación de la gran mayoría de empresas."*

Señala que *"En el PCAP no existe ningún apartado en que se justifique esta división en lotes con la única referencia siguiente: "Con esta división en lotes se pretende facilitar el acceso a este tipo de contratos"*.



Pretende que se hagan lotes menores (se refiere en particular a lotes que no deberían de superar los 4 o 5 millones de euros), pues ello *“no va en contra de conseguir beneficios derivados de una unificación de criterios.”* y *“no va en contra de la economía de esfuerzos en el lanzamiento y gestión de un único contrato por contraposición a uno por Ministerio u Organismo”*, poniendo por ejemplo que formatos similares han quedado desiertos.

Añade que *“CEAV mantiene que las especificidades de cada Ministerio u Organismo hacen que los lotes establecidos en el PCAP equivalgan a unidades funcionales distintas.”* Y que *“no va en contra de la pretensión de obtener un precio más competitivo por agregación de la demanda ya que por encima de un determinado nivel de demanda agregada en lugar de economías se obtienen deseconomías.”*

Por otra parte, indica que *“los requisitos establecidos en el artículo VII 3.1 del PCAP en cuanto a solvencia económica y financiera, los importes de los lotes se han establecido muy por encima de los límites operativos y lógicos con lo que obstaculizan y restringen la competencia.”* ya que *“Por lo que respecta a la solvencia técnica o profesional en el artículo VII 3.3 se establece que los licitadores para el lote 1 han de tener más de 150 empleados y para los lotes 2,3 y 4 han de tener más de 100 empleados.”*

Para ver la restricción de la competencia también hay que analizar las cifras del número de empresas del sector en las estadísticas del DIRCE (INE) en las que queda de manifiesto que en 2014 en España existen 176 empresas con más de 20 asalariados, 86 empresas con más de 50 asalariados y 45 empresas con más de 100 empleados y a la vista de estas cifras con la restricción de la solvencia técnica o profesional sólo podrán acceder unas 30 empresas al lote 1 y 45 a los lotes 2, 3 y 4 pero este número de empresas que a priori podría parecer adecuado se verá drásticamente reducido al aplicar la restricción que provoca el importe de los lotes ya que equivalen a diez veces la cifra de negocio anual establecida en la cláusula de solvencia económica y financiera que determina lo siguiente:

“Volumen global de negocios, durante cada uno de los tres últimos años, superior a 2.000.000 para el Lote 1 y superior a 1.000.000 € en los lotes 2, 3 y 4.”

Añade que todo ello vulnera la recomendación de la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia que establece que para prevenir los riesgos de la colusión entre licitadores y a los de predictibilidad de las condiciones de



contratación dice textualmente que se han de seguir las siguientes pautas: *"Si se opta por fraccionar los contratos objeto de la licitación, el número de lotes no debe ser similar al número estimado de participantes, evitándose en todo caso que todos los lotes sean del mismo tamaño."*, entendiendo que el diseño del contrato hecho por los pliegos *"es predictivo porque los importes tan elevados hace que sólo puedan concurrir cuatro o cinco grandes empresas"*.

Insiste que ello reduce la competencia, y con ello la competitividad y la posibilidad de obtener menor precio, contrariando el propio objetivo buscado por la Administración. Rechaza el argumento de que puedan concurrir en UTE pues se trata de una decisión libre y trabajosa de las empresas.

Por otra parte, en otro fundamento aduce que los pliegos del concurso no incluyan ninguna limitación al número de lotes a adjudicar a una misma empresa, lo cual determina a su entender *"un riesgo de agrupación de servicios a un mismo operador que provocaría otra distorsión de mercado propiciada por la administración pública además de los riesgos operativos y de gestión en los servicios adjudicados si el único operador entra en cualquier tipo de dificultad económica, financiera, concursal u de otro tipo."*

En su súplica se pide que *"3.- Que se tengan en consideración las alegaciones presentadas y se dicte Resolución por la que, con estimación del presente Recurso, se declare la obligación de subsanar los PCAP correspondientes al Expediente núm. 11/14 de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación,..."*

Cuarto. El órgano de contratación en su informe aduce doctrina de este Tribunal sobre la discrecionalidad del órgano de contratación en la división o no en lotes y la configuración de los mismos, así como la falta de soporte probatorio de las afirmaciones del recurrente; Añadiendo que *"La división por lotes se ha realizado a partir del estudio de necesidades internas de la Administración General del Estado (AGE) y atendiendo a la búsqueda de la racionalidad del contrato. Para ello, se han definido perfiles de viajeros, con características homogéneas, así como se han analizado las necesidades de seguridad, criticidad, seguimiento, medios de transporte, frecuencias y destinos preferentes similares, agrupando a partir de dicha definición de perfiles los Ministerios y sus Organismos dependientes. Dicha agrupación es la que ha determinado el número y división de los lotes del contrato por tener perfiles homogéneos."*



El valor estimado de cada lote es consecuencia de las previsiones de consumos expuestas por cada departamento u organismo.”

Señala en cuanto al ahorro de costes, que *“la experiencia previa de esta Dirección General ha sido la de la obtención de ahorros significativos por agregación de demanda en otros contratos centralizados, hecho reflejado en la memoria justificativa del presente contrato donde se indica que “Por agregación de la demanda en función de experiencias previas con un modelo de licitación del precio de los vuelos a los destinos más importantes para la AGE, se estima un ahorro aproximado de 8.000.000 € en tres años de contrato, incluyendo prórrogas”.*

En cuanto a que la solvencia exigida a los licitadores comunitarios es excesiva al compararla con los datos de empresas españolas, señala que *“conforme a los datos de la Dirección General del Patrimonio del Estado, existen 79 empresas que tienen esa clasificación y podrían acceder a la licitación.”*

Alude igualmente a la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de presentarse en todo caso en UTE.

Respecto a que debería haberse realizado una limitación a la presentación de lotes conforme al artículo 67.7.a) del RGLCAP señala que hay precedentes en contra, y que *“Adicionalmente, sobre la distorsión del mercado se indica que en la actualidad alrededor del 95% del valor estimado de los contratos de prestación del servicio de agencia de viajes de la AGE tienen como adjudicatarios a Viajes el Corte Inglés, Viajes Barceló, Halcón Viajes, Nautalia, Viajes Eroski o Carlson Wagonlit, todas ellas con la solvencia exigida en los presentes pliegos, por lo que no se considera justificada la previsión de distorsión del sector.”*

Y *“Por último, en relación con la predictibilidad de la licitación y a las posibilidades de reparto del contrato entre los licitadores no admite argumentación por parte de este órgano de contratación al tratarse de prácticas privadas no admitidas por la AGE y de las que en ningún caso este órgano de contratación tendría conocimiento.”*

Destaca también que el procedimiento ha sido informado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).



Remite como Anexo un extenso “Análisis de datos para el contrato centralizado de agencias de viajes” (85 páginas) fechado el 16 de julio de 2014, en el cual se propone efectuar lotes según los perfiles de viajeros de los Ministerios y organismo adscritos que se someten al contrato centralizado, constando en el mismo el citado análisis de perfiles y su descripción, y respondiendo su propuesta de lotes a los finalmente fijados en el contrato que nos ocupa. Incluye también un muy detallado análisis de gastos de viajes de ejercicios anteriores de los citados órganos y organismos.

Quinto. Por Resolución de 5 de diciembre de 2014, la Secretaria del Tribunal por delegación de este acuerda la suspensión del procedimiento en base al artículo 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41 apartados 1 y 5, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dado que se trata de un contrato de servicios de la categoría 20 del anexo II del TRLCSP y el valor estimado del mismo es superior a 207.000 euros.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP. Así, como ya dijimos en nuestra Resolución 803/2014, con cita de la 29/2011, en este caso, la recurrente ha acreditado que se trata de una asociación representativa de los empresarios de Agencias de Viaje, entre cuyos fines están los de “Potenciar y defender los intereses de sus socios relacionados con su actividad, así como su imagen, dentro del concepto de libre empresa”. Como ya hemos puesto de manifiesto en las Resoluciones citadas de este Tribunal “...Sin embargo, el legislador ha sido deliberadamente menos concreto con la finalidad de cumplir de manera escrupulosa las exigencias de las Directivas comunitarias en materia de recursos. No parece que la intención del legislador haya sido restringir la legitimación para interponer este recurso sino que, antes al contrario, su intención ha sido extenderla a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso (...). Este y no otro es el criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como en la Ley 29/1998 de la

Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional ha precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente.”

Y en la Resolución número 101/2013 y la Resolución 29/2011 dijimos que “*parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos.*”

Por ello, entendemos que la Asociación está legitimada, como por otra parte no ha negado el órgano administrativo.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Ahora bien, existe un límite a nuestra competencia respecto de la pretensión articulada por la recurrente de que “*se declare la obligación de subsanar los PCAP correspondientes al Expediente núm. 11/14 de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación*”. Como hemos señalado en múltiples ocasiones (como en la reciente Resolución 146/2014) este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b LRJ-PAC). Por ello debemos inadmitir dicha pretensión por carecer de competencias para resolverla, sin perjuicio de nuestra plena competencia para conocer del recurso en lo atinente a la anulación de la Resolución recurrida. Si bien, por referirse a una parte de la pretensión no individualizable y siguiendo la Jurisprudencia del Orden Contencioso-Administrativo, dicha inadmisión se convierte en causa de desestimación de la referida pretensión así formulada.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acuerdo que se recurre y este recurso.

Quinto. En cuanto al fondo, y la pretensión de que se hagan lotes más reducidos -de la lectura del recurso se deduce que unas veces se alude a lotes por Ministerios, y en otras parece que se bastaría al interés de la actora que no superasen un determinado importe económico- este Tribunal tiene una consolidada doctrina referida a la división en lotes del contrato.

Toda ella parte del análisis de la normativa vigente. Así, el artículo 86.3 del TRLCSP dispone sobre el objeto del contrato lo siguiente:

1. *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.*
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. *Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.*

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2.”

El tratamiento que la ley establece puede sistematizarse del siguiente modo: 1. La ley no prohíbe, con carácter general, la división en lotes del objeto de un contrato; 2. La división en lotes constituye una elección de la administración contratante; 3. Presupuesto necesario de esta opción de contratación es que los lotes sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto; 4. La decisión de la separación en lotes del objeto del contrato debe estar debidamente justificada en el expediente; 5. 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, medida que tiende a prevenir el fraude de ley en la contratación pública; 6. Cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes, con las particularidades previstas en las normas de cuantificación a efecto de umbral de los contratos (como dijimos en la Resolución 52/2013, 214/2013 y otras).

Como ya se dijo en la Resolución 247/2012, *“El precepto transcrito en lo pertinente ha sido interpelado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros, en sus informes nº 57/08 y 64/08, ambos de 31 de marzo de 2009, indicando que el fraccionamiento del objeto de un contrato mediante su división en lotes es perfectamente admisible cuando las diferentes partes de la prestación contractual sean por sí mismas susceptibles de utilización o aprovechamiento independiente y, a la vez, constituyan, cada una de ellas y por sí solas, una unidad funcional. Ahora bien, la concurrencia de estos dos requisitos no determina necesariamente y en todo caso que debe procederse al fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, y ello en razón de que el artículo 86.3 del TRLCSP configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación (“...podrá preverse la realización independiente de cada una sus partes mediante su división en lotes...”) y cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente (“...y así se justifique debidamente en el expediente...”), entrañando un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurran; en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una excepción a la regla general*



que constituye el que puede denominarse sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división en lotes.”

También se dijo que “Configurado el fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división en lotes como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, dicho derecho debe seguidamente, según lo dicho más arriba, ponerse en relación con los principios y exigencias que comporta la contratación administrativa y que sanciona el artículo 1 del TRLCSP que preceptúa lo siguiente:

“La presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de las obras, la adquisición de bienes y la contratación de los servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguardada de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa(...)”

Del precepto transcrito se desprende que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia –“eficiente utilización de los fondos públicos”, en palabras de dicho precepto legal–, principio que, en relación con la opción (que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP) entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de



acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia.

Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios – eficacia y eficiencia de la contratación pública, y, más concretamente, los aspectos antes indicados, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte– lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.”

Siempre partiendo, como se destacó en la Resolución 657/2014, que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre el fraccionamiento del objeto del contrato en lotes, pudiendo ser igualmente razonable una prestación integral del servicio en la medida que con ello se pueda incrementar la eficacia y la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y, a su vez, aprovechar las economías de escala que posibiliten esa prestación integral, de modo que tras el oportuno examen de las necesidades a satisfacer se expliciten en el expediente las razones que hacen necesario o aconsejan, ya sea la prestación del servicio de forma integral sin necesidad de su división en lotes, ya sea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 del TRLCSP, la división del mismo en los lotes que el órgano estime convenientes.

Las Resoluciones de este Tribunal han sido en su mayor parte desestimatorias, y solo han estimado si había ausencia de justificación en la división por lotes (como la Resolución 227/2012; rechazándose el recurso en casos en que existía tal motivación, como en la 101/2013, la 214/2013 , la 684/2014 o la 756/2014); o en casos en que bajo la denominación del objeto del contrato había servicios diferenciados que permitían una prestación independiente por diferentes operadores y empresarios, en que la unificación en su licitación puede afectar a la libre concurrencia al requerir a los potenciales licitadores estar en disposición de prestar todos los servicios cuando, en realidad, el mercado no refleja esta unificación (Res. 52/2013).

Sobre restricciones a la libre competencia hemos dicho en aquella Resolución 247/2012 que *“No cabe duda de que el fraccionamiento de un contrato en lotes posibilita el acceso de un mayor número de empresas al procedimiento de licitación. Ahora bien, siendo el fraccionamiento del contrato la regla singular o de excepción y el sistema integral –*



inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división en lotes– la regla general, conforme resulta del artículo 86 del TRLCSP, el fraccionamiento en lotes sólo deberá efectuarse, aun a costa de sacrificar los principios de eficacia y eficiencia, cuando de seguirse el sistema integral se produzca realmente una situación de restricción de la competencia. Esta situación de restricción de la competencia –a que puede dar lugar el hecho de que, existiendo en el sector de que se trate una empresa que ocupe una posición dominante, se confeccione un pliego en el que se opte por el sistema integral– tendrá lugar cuando tal restricción afecte a un número razonable de empresas que operen en el sector que se considere y que represente un porcentaje considerable de éste, de manera que les impida o, al menos, les dificulte para acceder a la licitación, pero tal situación de restricción de la competencia no podrá apreciarse cuando la afectación quede circunscrita a un número escaso de empresas de reducido tamaño o dimensiones que por esta razón resulte poco significativo en el sector de que se trate globalmente considerado, pues lo que no puede hacerse es convertir a las reglas de protección de la competencia en un mecanismo para que empresas de reducidas dimensiones se sitúen al mismo nivel que otras de superior tamaño y mayor potencialidad económica, dado que la concreta dimensión con la que se constituye una empresa es, en definitiva, una decisión de su titular. Es por todo ello por lo que resulta necesaria la suficiente acreditación de que una concreta conformación del pliego que ha de regir la contratación –opción por el sistema integral, en el caso a que se refiere el presente recurso– afecta de forma real y efectiva no sólo a un número escaso de empresas de reducidas dimensiones que operen en el sector, sino también a un número significativo de las empresas que intervienen en el mismo, pues sólo así podrá apreciarse una situación de restricción de la competencia, y es justamente esa acreditación la que no ha aportado la entidad recurrente.”

Y en la 657/2014 que “*la no división en lotes de un contrato no implica en sí misma una restricción a la competencia, en cuanto que 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, sin perjuicio de las consideraciones anteriormente expuestas, en cuanto a la situación del mercado, y que deberán tenerse en cuenta a los efectos del fraccionamiento en lotes de un contrato.”*



Incluso en la Resolución 652/2014, dijimos que *“la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación o un lote de un procedimiento, en sí mismo, no determina una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación.”* y que *“Cuestión distinta es que la definición de lotes efectuada por la Administración no haya sido del modo propuesto por el recurrente, pretensión que no puede acogerse por ser contraria a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86 del TRLCSP.”*

Pues bien, aplicando tal doctrina a nuestro caso, debemos partir de la libertad de configuración contractual del órgano de contratación, al que corresponde ponderar, en su caso el elemento de contención del gasto, por lo que las alegaciones en tal sentido hechas por el recurrente no pueden ser atendidas. Añadamos a mayor abundamiento que en nuestro caso consta, como hemos señalado en los Antecedentes, un extenso análisis económico que excluye la falta de soporte de los argumentos al efecto vertidos por la Administración.

Y debe de partirse igualmente de que la regla general es la no división en lotes; y que en nuestro caso, habiéndose configurado algunos, no se ha justificado que la naturaleza del objeto exija “per se” un mayor fraccionamiento: a estos efectos, el recurrente parece implicar que cada Ministerio debería ser una unidad funcional, pero no aporta mayor justificación, siendo que la naturaleza de las prestaciones aparece “a priori” como homogénea en todos los Centros administrativos implicados.

Asimismo, la división por lotes escogida –en función de los perfiles de viajeros- está debidamente justificada, si no por la sucinta referencia en el PCAP y PPT, sí por el extenso estudio que la sustenta (“Análisis de datos para el contrato centralizado de agencias de viajes”, identificado en nuestros antecedentes), fechado el 16 de julio de 2014 y remitido como anexo al informe del órgano administrativo.

Todo ello abona la conformidad a Derecho de la actuación administrativa.

Respecto de las alegaciones que en definitiva pretenden que debería haberse producido un mayor fraccionamiento del contrato para fomentar la competencia, debemos partir de que



en el contrato sí se fracciona algunos lotes, lo que en todo caso excluye que se pueda alegar una restricción absoluta de la competencia.

Partiendo de esta premisa, no hay “*acreditación suficiente*” por parte del recurrente, como ha exigido nuestra doctrina, de que se produzca realmente una restricción de competencia de gravedad, puesto que sus alegaciones están ayunas de todo soporte probatorio, y han sido contestadas como hemos visto en los antecedentes, con otros datos aportados por el órgano de contratación de los que resulta que podrán acceder al contrato un número significativo de empresas.

Por último, el procedimiento ha sido informado por la propia CNMC sin que conste que haya presentado objeción alguna.

Por lo que no puede acogerse su pretensión anulatoria en este punto.

Sexto. La desestimación expuesta en el Fundamento precedente nos lleva a desestimar la escueta alegación referida al exceso en cuanto a la solvencia requerida pues si se justifica la entidad de los lotes, la solvencia exigida es razonable en relación con los mismos, según la doctrina de este Tribunal, que ha sostenido reiteradamente que la solvencia exigible ha de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato –ser proporcionada– y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no (Res. 791/2014, entre muchas otras).

Y de nuevo, además, los datos aportados por el recurrente no han sido probados y han sido contestados por la Administración, que afirma que un número significativo de empresas cumplen tales condiciones de solvencia.

Séptimo. Respecto a que debería haberse realizado una limitación a la presentación de lotes conforme al artículo 67.7.a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), la doctrina de este Tribunal expuesta de modo detallado en la Resolución 803/2014, señala que la utilización de tal instrumento restrictivo es una potestad del órgano contratante, con apoyo en el Dictamen de la Abogacía General del Estado 69/2006 que allí se transcribe. En la misma se destacaba que se trataba de una regulación con precedentes en la reglamentación anterior, y que la exigencia de indicar, en el anuncio de licitación de los contratos, “*la posibilidad de licitar por uno, varios o todos los*



lotes”, es una constante en las Directivas Comunitarias sobre contratación pública (Anexo IV de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; Anexo IV de la Directiva 97/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministros y obras, respectivamente; Anexo XII de la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, por la que se modifica la Directiva 93/38/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; Anexo VII de la Directiva 2004/18/CE del Consejo y del Parlamento Europeo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y servicios que señala: “7. Cuando los contratos estén divididos en lotes, se indicará si los operadores económicos pueden licitar por uno, varios o la totalidad de estos lotes.”; Anexo XIII de la Directiva 2004/17/CE del Consejo y del Parlamento, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales); que ha tenido reflejo, además de en el vigente RGCAP, en otras normas estatales sobre contratación administrativa (Anexo VII del derogado Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y Anexo II de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones).

Concluyendo que *“En definitiva, la inclusión, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de una mención relativa a la “posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan” prevista en el artículo 67 del RGCAP se concreta, a efectos prácticos, en la atribución a la Administración contratante de una facultad de decisión a tal respecto.”* De lo que se deduce que no cabe imponerla al órgano de contratación, como la recurrente pretende.

Pero es que, además, en tal Resolución destacábamos, con cita del referido dictamen, cuál era la finalidad de tal regulación: *“En segundo lugar, esta segunda interpretación es la que resulta más coherente con la finalidad a la que responde la división de los contratos por lotes. Efectivamente, el artículo 68 de la LCAP admite, como excepción al principio de*



prohibición de fragmentación del objeto del contrato, la división de éste en lotes, cuando el contrato pueda fragmentarse en partes que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto. La división del contrato en lotes responde, especialmente en los contratos de suministro, a la finalidad de diversificar el riesgo de incumplimiento del contratista. El establecimiento de varios lotes y la posibilidad de adjudicar cada uno de ellos a contratistas distintos permite a la Administración contar con una mayor garantía de cumplimiento, pues si alguno de los contratistas no puede cumplir con la entrega del lote o lotes adjudicados, la circunstancia de que el resto de lotes hayan sido adjudicados a empresarios distintos evita que la Administración quede completamente desabastecida. De ahí que resulte lógico entender que lo que establece el artículo 67.5.a) del RGCAP es una facultad de la Administración de decidir si se admite la licitación de uno, varios, o todos los lotes, pues, según las concretas circunstancias de cada contrato, puede interesar a la Administración diversificar, mediante un reparto por lotes, el número de suministradores contratados. Atendiendo a la finalidad de evitación o minoración de riesgos que subyace en la técnica de división del contrato en lotes, cobra pleno sentido la atribución a la Administración contratante de la facultad de decidir si se admite la licitación respecto a uno, varios, o todos los lotes.”

Esta es la “voluntas legislatoris” (minoración de riesgos) del citado art. 67.7 a); y no la pretendida por el recurrente de diversificar la oferta propiciando la concurrencia de mayor número de competidores. Lo que abunda en que no puede imponerse tal cláusula al órgano de contratación para una finalidad que no es la en principio buscada por el ordenamiento jurídico vigente.

Por lo que entendemos que tal alegación debe ser también desestimada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso presentado por D. R.G.N., actuando en nombre y representación de la Confederación Española de Agencias de Viajes (CEAV), contra el artículo I (división por lotes) del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares (PCAP) y correlativo del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) reguladores de la contratación del



expediente 11/14 de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación "CONTRATO DE AGENCIA DE VIAJES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO".

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.