

Recurso nº 122/2019**Resolución nº 113/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 21 de maio de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por 89 PLUS, S.L. contra os pregos do contrato do servizo de xestión integral e mantemento de todas as instalacións e sistemas relacionados coa xestión da rede semafórica das vías públicas, do Sistema Centralizado de Control de Tráfico de Vigo, dos Sistemas ITS dos túneles urbanos e pasos inferiores, os controis de acceso ao determinadas zonas da cidade, expediente nº 105916-210 do Concello de Vigo, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Vigo convocouse a licitación do contrato do servizo de xestión integral e mantemento de todas as instalacións e sistemas relacionados coa xestión da rede semafórica das vías públicas, do Sistema Centralizado de Control de Tráfico de Vigo, dos Sistemas ITS dos túneles urbanos e pasos inferiores, os controis de acceso ao determinadas zonas da cidade, expediente nº 105916-210, cun valor estimado declarado de 29.470.704,45 euros.

Segundo.- O 23.04.2019 a mercantil 89 PLUS, S.L. interpuxo recurso especial en materia de contratación no rexistro electrónico do Concello de Vigo, sendo recibido no TACGal o 09.05.2019, xunto co expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP).

Terceiro.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 10.05.2019, presentándose escrito de alegacións polas mercantís EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTRL S.A. e ETRA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO S.A., como licitadores neste expediente co compromiso de constitución en UTE.

Cuarto.- O 14.05.2019 acordouse a medida cautelar de suspensión.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme aos artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- O órgano de contratación e as empresas alegantes consideran que o recorrente carece de lexitimación porque o seu obxecto social non coincide co do contrato.

Se ben esta argumentación non carece de fundamento, tendo en conta ademais que o recorrente non presentou oferta nesta licitación, non podemos acoller tal consideración neste caso pola súa dimensión restritiva de acceso a este recurso, tendo en conta que, por exemplo, o Informe 2/2013, de 23 de xaneiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón xa concluíu: *“Aunque no exista una identidad de la definición del objeto social de una empresa con las prestaciones objeto del contrato, debe entenderse a la misma con suficiente capacidad de obrar si se considera que tales prestaciones se encuentran amparadas en el objeto social definido en términos amplios.”* Nese sentido, cabe apreciar que cando menos parte das prestacións contractuais non están afastadas do ámbito que recolle o obxecto social do recorrente, que ademais fundamenta precisamente a súa impugnación na propia configuración desta licitación que

considera restritiva da libre competencia. Polo que, en definitiva, entendemos á empresa recorrente como lexitimada para a interposición deste recurso.

Cuarto.- Dado os pregos foron publicados o 29.03.2019, o recurso foi presentado en prazo.

Quinto.- Estamos perante a impugnación do PCAP dun contrato de servizos e valor estimado superior a 100.000 €, polo que o recurso é admisible.

Sexto.- O recurso considera, en primeiro lugar, infrinxido o mandato da LCSP de dividir en lotes como regra xeral.

O dito artigo 99.3 establece:

“3. Sempre que a natureza ou o obxecto do contrato o permitan, deberase prever a realización independente de cada unha das súas partes mediante a súa división en lotes, e poderanse reservar lotes de conformidade co establecido na disposición adicional cuarta. Non obstante o anterior, o órgano de contratación poderá non dividir en lotes o obxecto do contrato cando existan motivos válidos, que se deberán xustificar debidamente no expediente, salvo nos casos de contratos de concesión de obras. En todo caso, consideraranse motivos válidos, para os efectos de xustificar a non división en lotes do obxecto do contrato, os seguintes:

a) O feito de que a división en lotes do obxecto do contrato implique o risco de restrinxir inxustificadamente a competencia. Para os efectos de aplicar este criterio, o órgano de contratación deberá solicitar informe previo á autoridade de defensa da competencia correspondente para que se pronuncie sobre a apreciación da dita circunstancia.

b) O feito de que a realización independente das diversas prestacións comprendidas no obxecto do contrato dificulte a súa correcta execución desde o punto de vista técnico; ou ben que o risco para a correcta execución do contrato proceda da natureza do seu obxecto, ao implicar a necesidade de coordinar a execución das diferentes prestacións, cuestión que se podería ver imposibilitada pola súa división en lotes e execución por unha pluralidade de contratistas diferentes. Ambos os aspectos deberán ser, de ser o caso, xustificados debidamente no expediente.”

Debemos partir de que esta materia resultou substancialmente modificada, pola Directiva 2014/24/UE e a actual LCSP, pasando a erixirse como norma xeral a da

división do obxecto do contrato en lotes, como medida para fomentar o acceso á contratación pública das pequenas e medianas empresas.

Así, a regulación contida no artigo 99 da LCSP cambia a situación xurídica respecto da división do obxecto del contrato en lotes, ao indicarse que se deberá prever a realización independente de cada unha das partes do obxecto contractual mediante a súa división en lotes. Agora ben, o dito artigo non establece unha obriga absoluta, senón que *“poderá non dividir en lotes o obxecto do contrato cando existan motivos válidos, que se deberán xustificar debidamente no expediente”*

É dicir, a decisión de dividir ou non un contrato en lotes forma parte da facultade do órgano de contratación para fixar as condicións da licitación, debendo no seu caso, motivarse de xeito adecuado a decisión da non división do contrato.

Como sinala o TACRC na súa Resolución 430/2018:

“La discrecionalidad de los órganos de contratación para determinar si las prestaciones objeto del contrato constituyen una unidad contractual o no, así como si son susceptibles de unidades fundacionales independientes divisibles en lotes, se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación administrativa. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, partiendo de la literalidad del artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, expresan que se trata de una decisión que entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurran. Al respecto, en nuestra Resolución n° 408/2017 –citada posteriormente en la n° 600/2017 hemos señalado lo siguiente: “En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar “la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, “cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.”

No mesmo sentido, a Resolución 8/2018 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi establece:

“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”

Na memoria xustificativa do contrato consta:

“3.2 Non división do contrato en lotes

Para a mellor xestión do obxecto do contrato, dada a súa complexidade, resulta aconsellable o seu tratamento como unha unidade funcional, non sendo posible a súa división en lotes.

No estado actual da arte (fase de introdución, segundo modelo da curva “ S”) relativo á implantación, desenvolvemento, xestión e mantemento das plataformas C-ITS subsisten problemas de estandarización nos sistemas de comunicacións que non afectan ás celulares nin á IEE 802.11 p, pero si ao resto dos elementos que integran aquelas (comunicación das RSU co seu servidor, integración das verticais que provén información coas RSU e cos servidores da Plataforma).

A iso hai que engadir as graves dificultades intrínsecas derivadas da natural diversidade da programación e execución dos mantementos contratados por separado.

Isto supón que actualmente non cabe dissociar o mantemento e a xestión da infraestrutura existente coa implantación, desenvolvemento, xestión e mantemento da nova Plataforma C- ITS, o que supoñería un compromiso intolerable principalmente para a seguridade viaria, así como para o conxunto da información global e protexida que xestionará o novo sistema.”

A maiores, no informe do órgano de contratación explícase:

“Entre o contido mínimo do perfil, o apartado 3.a inclúe a memoria xustificativa do contrato.

Cumprindo as súas obrigas legais, esta Administración publicou no perfil do contratante, o día 29 de marzo, xunto co anuncio de licitación, os pregos de cláusulas administrativas particulares e técnicas, o acordo de aprobación do expediente, o informe de necesidade e idoneidade do contrato e o de insuficiencia de medios.

Consecuentemente, o recurrente tivo acceso a esta memoria xustificativa onde se explican os motivos da non división en lotes.

Informa ao respecto o servizo xestor, no informe solicitado con ocasión da interposición deste recurso que (apartados III, IV e V):

“No apartado 3.2 da Memoria Xustificativa do Contrato publicada no perfil do contratante xustifícase en sentido técnico e de xeito cabal a non división en lotes ao advertir sobre a complexidade do obxecto do contrato, e das dificultades intrínsecas derivadas da natural diversidade da programación e execución dos mantementos contratados por separado (art.99.3 letra b da Lei 9/17 de Contratos do Sector Público).

A non división en lotes responde estrita e exclusivamente á concepción dun servizo de prestacións necesariamente xerarquizadas en concepción, diseño, xestión e resolución por razóns imperiosas de seguridade viaria.

A actual organización do servizo, posta en marcha hai 16 anos polo Concello e perfeccionada constantemente desde entón, implica que as tarefas de explotación da Sala de Control do Tráfico estean indisolublemente conectadas coas tarefas de mantemento, preventivo e correctivo, dos elementos esenciais do sistema no seu conxunto.

Así, á Sala de Control do Tráfico lle corresponde xunto á mera actividade de explotación, tarefas de mantemento preventivo (Rede Troncal de fibra óptica pola que centralízase os diferentes elementos e dispositivos no sistema de xestión; postes SOS dos túneles urbanos; sistemas automáticos de acceso a lugares de circulación restrinxida; copia de seguridade dos sistemas e da programación das interseccións; control dos servidores de seguridade redundantes; comprobación dos sistemas dos reguladores).

Á Sala de Tráfico lle corresponden tamén unha posición de superioridade xerárquica sobre as actividades de mantemento, preventivo e correctivo, que operan sobre o conxunto dos demais elementos e sistemas de xestión do tráfico na vía pública.

As novas instalacións se realizan polo persoal de mantemento na rúa, previa verificación polo persoal da Sala de Control.

Todos os equipamentos funcionan en modo local e en modo centralizado. Por isto non é asumible a xestión das posibles discordancias que, conforme a experiencia común, haberán de producirse entre estruturas horizontais con incidencia actual, real e grave, sobre a dispoñibilidade efectiva das instalacións empregadas a diario por dúzias de miles de peóns e preto de cen mil conductores.

A concepción xerárquica obedece ao feito indudable da visión xeral ou global que a Sala ostenta respecto da propia da prestación de mantemento na rúa.

O extraordinario nivel de automatización da xestión do tráfico actualmente acadado tras tantos anos de inversións e axustes e reaxustes constantes do sistema non deben levar á confusión sobre a persistencia dos riscos inherentes: a división en lotes implicaría unha organización horizontal da contratación das prestacións en detrimento da natureza esencialmente xerárquica dos problemas que a súa xestión presenta, o que resulta inaceptable en termos de seguridade viaria dos peóns e os vehículos e demais usuarios da vía pública.

(...)

Igualmente infundada resulta a queixa sobre Plataforma C-ITS. No mesmo apartado 3.2 da Memoria xustificativa do contrato advírtese da imposibilidade de licitar o sistema cooperativo de información do tráfico (Plataforma C-ITS) por separado con invocación expresa do estado da arte segundo modelo da curva "S".

(...)

Resulta incomprensible e xa que logo enteramente rexeitable a suposición dunha menor esixencia de solvencia técnica nos lotes ideados na redacción do escrito do recurso.

Aos sós efectos dialécticos pénsese que sentido tería renunciar a esixir unha experiencia mínima de xestión en cidades de características similares a Vigo (número de interseccións e intensidades de circulación) para xestionar -idealmente- de xeito independente a Sala de Control ou o mantemento preventivo e/ou correctivo dos elementos do lado da vía (reguladores, semáforos, aforadores, sistemas bluetooth e demais dispositivos de sensorización que monitorizan constantemente a calidade da mobilidade)”.

Procede, ao fío do exposto, desestimar a que numeramos como alegación primeira do escrito de recurso.”

Polo tanto, non podemos acoller neste punto o recurso, por canto existe, en verbas daquela Resolución do TACRC un estudo da “*conveniencia de tal división, a cuyo fin, “cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.”*

Sétimo.- A segunda alegación do recurso é a vulneración do artigo 29.4 LCSP sobre o prazo de duración dos contratos, por non estar xustificado os 102 meses fixados para este.

O artigo 29.4 recolle:

“4. Os contratos de subministracións e de servizos de prestación sucesiva terán un prazo máximo de duración de cinco anos, incluídas as posibles prórrogas que, en aplicación do punto segundo deste artigo, acorde o órgano de contratación, respectando as condicións e os límites establecidos nas respectivas normas orzamentarias que sexan aplicables ao ente contratante.

Excepcionalmente, nos contratos de servizos poderase establecer un prazo de duración superior ao establecido no parágrafo anterior, cando o exixa o período de recuperación dos investimentos directamente relacionados co contrato e estes non sexan susceptibles de utilizarse no resto da actividade produtiva do contratista ou a súa utilización fose antieconómica, sempre que a amortización dos ditos investimentos sexa un custo relevante na prestación do servizo, circunstancias que deberán ser xustificadas no expediente de contratación, con indicación dos investimentos a que se refira e do seu período de recuperación. O concepto de custo relevante na prestación do servizo será obxecto de desenvolvemento regulamentario.

O contrato de servizos de mantemento que se concerte conxuntamente co da compra do ben que se pretende manter, cando o dito mantemento só poida ser prestado por razóns de exclusividade pola empresa que forneceu o dito ben, poderá ter como prazo de duración o da vida útil do produto adquirido.

Así mesmo, nos contratos de servizos relativos aos servizos ás persoas poderase establecer un prazo de duración maior cando iso sexa necesario para a continuidade daqueles tratamentos aos usuarios en que o cambio do prestador puiden repercutir negativamente.

(...)”

A memoria xustificativa explica ao respecto:

“5.- DURACIÓN DO CONTRATO E LICITACIÓN UNITARIA (ARTS. 29 E 99.3 B LEI 9/17).

Establécese unha duración do contrato de 102 meses.

A Lei 9/17 CSP, partindo dun límite temporal xeneral de 5 anos (incluídas as prórrogas) para os contratos de servizos de prestación sucesiva, esixe a adecuación da duración a i) a natureza da prestación, ii) as características de financiamento dos seus investimentos, e iii) a necesidade de someter periodicamente á libre concorrencia a súa realización.

A elección do prazo sinalado atende aos citados criterios legais nos seguintes termos:

i) En canto ás características de financiamento dos investimentos previstos, a implantación e despregamento da nova Plataforma C- ITS supoñerá un investimento acumulado nos tres primeiros exercicios orzamentarios completos (ata a quinta anualidade contractual) que duplica o fluxo de caixa procedente da actividade investidora, iso por esixencias do orzamento aprobado e disposto para a contratación.

O investimento total supón un 15,7 por cento do custo total do servizo e proxéctase sobre os 102 meses propostos pola capacidade tractora da Plataforma sobre o conxunto da infraestrutura actual (reguladores de tráfico, cámaras, sensores (bluetooth, expiras), paneis de mensaxe variable, equipamento da Sala de Xestión da Mobilidade e rede de comunicacións, etc.

ii) Trátanse en todo caso de investimentos directamente vinculados á realización do obxecto do contrato, con cesión á Administración á conclusión do mesmo, e cuxa vida útil estímase garantida para os próximos 9-10 anos.

O prazo de oito anos e medio resulta así adecuado para executar a prestación en termos de eficiencia, eficacia e libre mercado, para á súa conclusión procurar un novo impulso da man da I+D+i resultante.

A táboa baixo estas liñas reflicte a distribución dos investimentos na duración do contrato.

CONTRATO DE XESTIÓN DA MOBILIDADE NO CONCELLO DE VIGO – XULO 2019 Expt: 105916/210

DISTRIBUCIÓN DAS INVERSIÓNS NA DURACIÓN DO CONTRATO

PERIODO	2º SEM. 2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027
IMPORTE QUE INVERTIRÁ O ADJUDICATARIO		923.454,24 €	923.454,24 €	1.230.354,24 €	205.977,12 €	205.977,12 €	204.600,00 €	204.600,00 €	204.600,00 €
ACUMULADO		923.454,24 €	1.846.908,48 €	3.077.262,73 €	3.283.239,85 €	3.489.216,97 €	3.693.816,97 €	3.898.416,97 €	4.103.016,97 €
IMPORTE QUE PAGARÁ O CONCELLO		512.877,12 €	512.877,12 €	512.877,12 €	512.877,12 €	512.877,12 €	512.877,12 €	512.877,12 €	512.877,12 €
ACUMULADO		512.877,12 €	1.025.754,24 €	1.538.631,36 €	2.051.508,48 €	2.564.385,60 €	3.077.262,72 €	3.590.139,84 €	4.103.016,96 €
IMPORTE ESTIMADO DO CONTRATO	1.402.216,91 €	3.497.310,94 €	3.497.310,94 €	3.497.310,94 €	3.497.310,94 €	3.497.310,94 €	3.497.310,94 €	3.497.310,94 €	3.497.310,94 €
ACUMULADO	1.402.216,91 €	4.989.627,85 €	8.486.938,79 €	11.984.149,73 €	15.481.460,67 €	18.978.771,61 €	22.476.082,55 €	25.973.393,49 €	29.470.704,43 €

Tamén aquí desestimamos esta alegación do recurso por estar xustificado este aspecto do contrato.

Oitavo.- A última crítica do recurso vai referida á referencia á *norma UNE 135401-5 de Equipamientos para señalización viaria. Reguladores de tráfico. Parte 5: Protocolo de comunicaciones. Tipo V.*

Efectivamente, esta referencia aparece polo xogo destes dous apartados da licitación:

- PCAP, Anexo I:

“C) MEDIOS DE ACREDITAR A SOLVENCIA TÉCNICA:

(...)

➤ Acreditación da compatibilidade do regulador de cruzamento proposto polos licitadores co Sistema de Xestión e Control de Tráfico Urbano da cidade de Vigo, consonte ao previsto no Anexo VII do PPT.

(...)”

- PPT, Anexo VII:

*“ANEXO 7.- DESCRICIÓN DA PROBA DE CONTROL DA CAPACIDADE
TÉCNICA*

(...)

REQUISITOS PREVIOS

(...)

Así mesmo, co fin de verificar a compatibilidade das comunicacións con centrais e servidor central, o licitador deberá entregar no acto certificado do fabricante do equipo regulador de cruzamento conforme cumpre a norma UNE 135401-5 de Equipamentos para a sinalización viaria. Reguladores de tráfico. Parte 5: Protocolo de comunicacións. Tipo V.”

O recorrente argumenta que:

“no existe en España ningún laboratorio homologado que pueda certificar el cumplimiento de la Norma UNE 135401-5, por tanto, en estos momento si una empresa cumple con los requisitos exigidos no tiene posibilidad de obtener el certificado exigido para realizar la prueba”.

En primeiro lugar, non podemos dar por constatadas ás afirmacións da recorrente de que estaríamos perante un certificado que só puideron obter algunhas empresas no pasado, ou que case unicamente o regulador do fabricante que actualmente está instalado en Vigo sexa o que pode cumprir a esixencia, sendo súa a carga de probar as afirmacións que trae.

É especialmente relevante que o recorrente sinala como principal motivo da súa argumentación que *“no existe en España ningún laboratorio homologado que pueda certificar el cumplimiento de la Norma UNE 135401-5”*. Sen embargo, se nos fixamos na cláusula impugnada non é iso o solicitado polo órgano de contratación, que non fai referencia a ningún certificado dun laboratorio, senón a un *“certificado do fabricante do equipo regulador”*, o que fai xa decaer ese argumento do recorrente.

Nese sentido, non cabe presupoñer un incumprimento polo órgano de contratación do establecido no artigo 126.7 e 8 da LCSP, tal como semella deducirse

do escrito de impugnación, posto que iso non se desprende da lectura do prego impugnado que debe, de ser posible, ser obxecto dunha interpretación conforme coa lexislación vixente.

Igualmente, a propia lectura da cláusula impugnada fai decaer tamén o argumento do incumprimento do previsto no artigo 128 LCSP, xa que nesa cláusula non se esixe a presentación de certificado emitido por ningún organismo de avaliación.

Todo o cal determina que proceda desestimar o recurso presentado.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto pola 89 PLUS, S.L. contra os pregos do contrato do servizo de xestión integral e mantemento de todas as instalacións e sistemas relacionados coa xestión da rede semafórica das vías públicas, do Sistema Centralizado de Control de Tráfico de Vigo, dos Sistemas ITS dos túneles urbanos e pasos inferiores, os controis de acceso ao determinadas zonas da cidade, expediente nº 105916-210 do Concello de Vigo, segundo o recollido no último dos fundamentos.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.