

Recurso nº 123/2019**Resolución nº 114/2019****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 pola ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN DE A CORUÑA (APECCO) contra o anuncio e os pregos que rexen na licitación dos 33 contratos de obra incluídos no Plan de conservación de vías provinciais 2019, licitados pola Deputación Provincial da Coruña, o 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.- ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN DE A CORUÑA (APECCO) impugna a licitación dos 33 contratos de obra incluídos no Plan de conservación de vías provinciais 2019, licitados pola Deputación Provincial da Coruña.

Segundo.- O recurso especial en materia de contratación foi interposto o 09.05.2019, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal.

Terceiro.- Solicitada á Deputación o 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), foi recibido o 16.05.2019.

Cuarto.- Examinado o expediente, ao estarmos nun suposto do artigo 55 LCSP procedeu ditar a presente Resolución.

Quinto.- Respecto da suspensión cautelar solicitada, non corresponde adoptar decisión sobre a mesma porque xa se pasou a ditar a presente Resolución.

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 os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual aprobado polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro.

Terceiro.- O escrito presentado expresa, en primeiro lugar, que impugna a licitación dos 33 contratos de obra incluídos no Plan de conservación de vías provinciais 2019, licitados pola Deputación Provincial da Coruña, porque considera que non poden ser procedementos de adxudicación diferentes, senón só un con diferentes lotes.

Como non nega o recorrente, é importante resaltar que todas esas licitacións teñen un valor estimado inferior ao limiar requirido no artigo 44 LCSP para o acceso ao recurso especial, polo que de non ser acollida a súa tese, debe ser inadmitido o seu recurso.

O primeiro a significar é que coñecido é que as eleccións na configuración da contratación corresponde ao órgano contratante. Esa liberdade de configuración, polo tanto, con carácter xeral admite de inicio diversas posibilidades válidas en dereito polo que a este TACGal non lle corresponde substituír esa liberdade, senón só un xuízo revisor ou control negativo de legalidade, como agora abordaremos.

O artigo 99.2 da LCSP, en iguais termos que o artigo 86.2 do anterior Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSPP) aprobado polo Real

Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 novembro, establece que *“Non poderá fraccionarse un contrato coa finalidade de diminuír a contía do mesmo e eludir así os requisitos de publicidade ou os relativos ao procedemento de adxudicación que correspondan”*.

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea, en Sentenza do 5 de outubro de 2000 ditada no asunto C-16/1998, fixou importantes criterios en relación coa materia. Así, referíndose a un contrato de obra, manifestou que ha de estarse á finalidade técnica e económica a que responde a licitación, sen que o feito de que, noutras ocasións, se optase por efectuar unha soa licitación para todos os traballos implique que esteamos ante unha única obra, debendo valorarse cada suposto en función do seu contexto e das súas propias particularidades.

Por tanto, como sinala a Resolución 571/2016, do 15 de xullo, do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, á luz da xurisprudencia comunitaria exposta, se o obxecto do contrato é único e divídese en diversos expedientes haberá fraccionamento indebido, non existindo o mesmo cando o obxecto do contratado por separado non teña unha unidade funcional técnica e económica.

Pola súa banda, a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, interpretando o entón vixente artigo 86.2 do TRLCSP, sinalou que: *“(…) la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación). Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley señalado. Por todo ello no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente”* (Informe 7/2012, de 7 de marzo de 2013) e que *“La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento”* (Informe 31/2012, de 7 de maio de 2013).

Respecto diso, no suposto examinado non existen datos obxectivos, dentro da función revisora deste TACGal, para poder afirmar que o obxecto dos distintos contratos cuxa contía pretende acumular a recorrente constitúa unha unidade operativa ou substancial de modo que se trate de elementos inseparables.

Neste punto, consideramos que as razóns dadas pola Deputación impiden acoller a tese anulatoria do recorrente:

“1º.- Son obras que teñen unha sustantividade e funcionalidade propia e específica, e teñen carácter autónomo, cunha unidade operativa substancial, tal e como se determina no proxecto de cada unha destas obras. Así mesmo son susceptibles de utilización ou aproveitamento por separado, posto que prestan servizo de maneira independente e existe autonomía da necesidade pública a satisfacer, o que implica que poidan ser tratadas separadamente. Non existe vínculo operativo entre as obras, cada proxecto é diferente e nel defínense as obras necesarias para cada estrada, non son actuacións comúns a todas as estradas que se inclúen o plan, senón actuacións individualizadas de acordo coa natureza e tipoloxía de cada estrada. No suposto que nos ocupa, se ben neste caso as obras se licitaron simultaneamente, a Deputación dentro das previsións que se conteñen nun plan de obras e servizos ou nun plan de conservación, non tería a obriga de licitar simultaneamente todas as obras, como ocorre neste caso, pois podería haber unha temporalización na contratación por circunstancias climatolóxicas, estado de conservación do firme, non interrupción do tráfico viario, cuestións orzamentarias, en definitiva, ata que se dean as circunstancias idóneas para cada obra e por tanto, terían o carácter de adxudicacións independentes, que non responden, polo seu carácter autónomo, ao concepto de lote. Trátase de necesidades públicas a satisfacer autónomas. A planificación e execución dunha obra non ten porqué estar vinculada á doutras obras. A Administración pode planificar a realización de varias obras, pero a execución dunha non ten por que estar vinculada á doutra. A contratación e execución dunha obra non mingua nin mellora as demais. A Administración pode, en función das circunstancias, contratar as obras en distintas fases do tempo segundo as necesidades públicas a satisfacer conforme os parámetros antes indicados, tamén pode suceder que algunha das obras incluídas no plan non cheguen a contratarse.

2º. Son obras completas, de acordo co establecido no art 125 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, (RGCAP) e punto 10 da Memoria dos proxectos onde se declara que se trata de obras completas, pois son susceptibles de ser entregadas ao uso xeral ou ao servizo correspondente e comprenden todos e cada un dos elementos que sexan precisos para a utilización da obra.

3º.-O feito de que sexan obras independentes que se publican cunha coincidencia temporal (aínda que nada impide que se contratasen cunha temporalización ou por fases secuenciais, segundo as necesidades de conservación das estradas), non impide que os contratistas poidan concorrer ás que estimen oportunas, garantíndose así unha maior concorrência, e participación de todas as empresas e tamén das pequenas e medianas empresas, pois a contía de cada contrato corresponde mellor á capacidade das PEMES, quedando garantidos os principios de igualdade, concorrência e non discriminación. Por outra banda, a división en lotes que solicita o recorrente e non comparte esta administración, prexudicaría ás pequenas e medianas empresas, dado que os pregos poderían incluír entón a posibilidade recollida no art. 87.1. a) da LCSP de que cando un contrato se divida en lotes, o órgano de contratación poderá establecer o volume de negocios mínimo anual esixido aos licitadores por referencia a grupos de lotes no caso de que ao adxudicatario se lle adxudiquen varios lotes que deban executarse ao mesmo tempo, circunstancia que non se da nos pregos da Deputación tal e como están publicados actualmente, posto que cada obra ten o carácter de independente, completa e autónoma.

4º.- O art 5.10 da Directiva 2014/24 sinala que” cando unha obra se divida en lotes”, pero este concepto de división non se da neste suposto, posto que cada unha das obras son obras completas, é dicir non poden ser obxecto de división e en consecuencia cada unha delas é independente. De igual modo o art 101 LCSP fala de lotes en que se divida a obra e como se indicou a obra non se pode dividir, pois se trata de obra completa , e por tanto non hai ningunha división artificial, nin moito menos fraccionamento do obxecto.

5º.- O Plan non constitúe unha unidade de execución no económico e no xurídico, na liña apuntada polo informe 42/2017 da Xunta Consultiva de Contratación do Estado, senón un instrumento de xestión ou programación para articular as distintas obras que o inclúen.

6º. Cando se aprobou o Plan Anual de Contratación da Deputación para 2019, publicado no Boletín Oficial da Provincia nº 242 con data do 20 de decembro de 2018, e na Plataforma de Contratación, e na páxina web da Deputación indicábase que o Plan o integraban 33 proxectos, pero non se indicaba que se tivesen o carácter de lotes, precisamente pola súa sustentividade propia e por tratarse de obras completas non susceptibles de división. Este Plan non foi recorrido.

7º. Ningún dos proxectos alcanza o valor estimado establecido no art 20 nin no art 44 da LCSP e por tanto non son susceptibles do recurso especial, causa pola que procedería a inadmisión do recurso.”

Polo tanto, dado que as diferentes licitacións ás que se refire este recurso non acadan entón o valor estimado para o acceso a este recurso especial, debemos inadmitir este recurso ao abeiro do artigo 55 a) e c), sen que proceda xa analizar calquera outro aspecto da impugnación presentada.

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

1. **Inadmitir** o recurso interposto pola ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN DE A CORUÑA (APECCO) contra o anuncio e os pregos que rexen na licitación dos 33 contratos de obra incluídos no Plan de conservación de vías provinciais 2019, licitados pola Deputación Provincial da Coruña.

2. 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 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.