Recurso 302/2023
Resolución 348/2023
Sección tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 7 de julio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONFEDERACION ESPAÑOLA DE GREMIOS Y ASOCIACIONES EMPRESARIALES COMERCIO DE LIBREROS – CEGAL**, contra los pliegos que rigen el contrato de suministros denominado "Adquisición de libros en papel para su incorporación al catálogo colectivo de las bibliotecas públicas del estado-bibliotecas provinciales de Andalucía", convocado por la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte (Expte. CONTR 2023 163242 CCUL-10-2023), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de mayo de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación. Igualmente, en la misma fecha, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil. El valor estimado del contrato, conforme a los pliegos que rigen el contrato, asciende a 445.269,23 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 14 de junio de 2023, tuvo entrada en el registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la contratación referenciada, interpuesto por la entidad recurrente.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

Tras varios requerimientos, dada la remisión parcial de la documentación solicitada, ésta no resulta completa hasta el día 28 de junio de 2023.

El 23 de junio de 2023, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente en su escrito de impugnación.

El 22 de junio de 2023, a pesar de no contarse aún con toda la documentación, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para

formular alegaciones, sin que conste que se hayan formulado en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación profesional recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *"Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados."

La clave, pues, está en la existencia de una conexión específica entre el acto impugnado y la actuación o el estatuto de la profesión. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto. En el caso de las asociaciones representativas de intereses colectivos que no han tomado parte en el procedimiento de adjudicación, la existencia de los derechos o intereses legítimos que constituyen la base de la legitimación activa debe verificarse mediante el contraste de los fines de la entidad contenidos en sus Estatutos con la pretensión ejercida para determinar si el éxito de esta última supondría la satisfacción de dichos fines.

Es decir, debe negarse la existencia de legitimación en aquellos casos en los que la estimación del recurso no satisfaría los fines sociales de la recurrente o, dicho de otro modo, que el acto impugnado no perjudica dichos intereses. En este sentido, la impugnación del acto no tiene otro interés que el de la restauración de la mera legalidad presuntamente infringida, título insuficiente para fundar la legitimación activa (ver, por ejemplo, las sentencias 60/1982 y 257/1988 del Tribunal Constitucional).

En el supuesto analizado, impugna los pliegos que rigen el contrato de suministros mencionado, basando fundamentalmente la misma en la solvencia económica y la no división en lotes. Así pues, vista la controversia suscitada en el recurso, que después se abordará resulta evidente la incidencia que los actos impugnados pueden tener en la esfera de los intereses profesionales defendidos, lo que determina su interés legítimo para la interposición del presente recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de sus estatutos sobre fines y funciones pues recoge expresamente que es fin de la asociación: *"Velar por el precio fijo y único del libro".*

Concurre pues el interés de la entidad a los efectos de la interposición del recurso especial.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de suministros con un valor estimado superior a 100.000 euros, que es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)".

En el supuesto analizado, el recurso presentado en el registro de este Tribunal se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Tramitación preferente

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos".*

SEXTO. Fondo del asunto: alegaciones de la entidad recurrente y del órgano de contratación.

Dos son las cuestiones que centran el objeto del recurso. Por un lado, la solvencia económica exigida la cual se estima desproporcionada con relación al objeto del contrato y teniendo en cuenta la naturaleza de los fondos con los que se financia el contrato. Por otro lado, la indebida no división del contrato en lotes dada su justificación.

La justificación establecida en el pliego es: *"La naturaleza y el objeto del contrato no aconsejan la división en lotes, al tratarse de bienes que, por su tipología, formato, temática, procedimiento de fabricación o empresas distribuidoras, no genera ni diferenciación ni especialización en el mercado, pudiéndose presentar a la totalidad de la oferta, cualquier licitador que se dedique a la distribución del bien. Por otro lado, la imposibilidad del establecimiento de una sistemática lógica de división del objeto por lotes, genera una clara inoperatividad de gestión técnica del suministro".*

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita la modificación del contenido de los pliegos objeto de impugnación con relación a la solvencia económica exigida, por desproporcionados, cuando establece medios alternativos, pudiendo consistir en el volumen anual de negocios, que debe alcanzar el importe mínimo de 100.000 euros en el mejor de los últimos ejercicios disponibles, o bien el patrimonio neto que deberá superar el importe del 20% del contrato.

Afirma para ello que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, al que corresponden los fondos, señala en el apartado C24, en el punto I02, proyecto 4, lo siguiente:

"Proyecto 4: Dotación de Bibliotecas. Las bibliotecas, diseminadas a lo largo del territorio español, constituyen un lugar inequívoco de acceso a la cultura. La dotación a las bibliotecas garantiza a la población, independientemente de su lugar de residencia o su condición, un acceso libre y gratuito a los libros lo que contribuye a impulsar la cohesión territorial y social. Esta medida se realizará en una doble vertiente: a) compra de licencias de libros digitales, que además de contribuir a la transición digital favorecen innegablemente a los ciudadanos de las localidades menores o peor comunicadas, y que comprará el Estado y distribuirá a la red de bibliotecas públicas a través de las comunidades autónomas; y b), la compra de libros en papel de forma conjunta con otras autoridades regionales de manera que se establezcan unos criterios a tener cuenta entre los que se incluirán la diversidad de lenguas oficiales en España, una representación equitativa de las autoras mujeres o una división por géneros literarios."

Se apoya además en determinada información de un portal de internet del Gobierno central con relación a los fondos procedentes de este plan que señala que:

"El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) se orienta especialmente al apoyo a las pymes y autónomos, sin las que sería imposible llevar a buen puerto su consecución. El plan incluye en sus distintos componentes, iniciativas para fomentar su participación y dedica un apartado específico a su fortalecimiento"

Afirma que en el sector de librería solo el 65 % de las librerías facturan más de 100.000 euros anuales. Y solamente un 11 % facturan más de 500.000 euros.

Alega pues desproporción e imprecisión de los criterios y medios de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica; circunstancias que, a su juicio, limitan la concurrencia e impiden que las pequeñas y medianas empresas puedan competir en igualdad de condiciones.

Por otro lado, crítica la no división en lotes, aludiendo al artículo 99.3 de la LCSP (que damos por reproducido), haciendo especial énfasis en el origen del precepto, a efectos de su interpretación. Alude a la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del Consejo, de 26 de febrero de 2014, señalándose una tendencia a la división en lotes del objeto del contrato, cuando el mismo sea susceptible de ello, con la clara finalidad de favorecer la concurrencia y permitir una mayor participación en las licitaciones públicas de PYMES. Alude a una resolución del Tribunal Central, la 1013/2022 de 7 de septiembre. En la misma se cita a su vez el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 48/18, y otras resoluciones de ese Tribunal.

Hace suyas las conclusiones del Tribunal Central, señalando que:

"a) La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.
b) Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos.
c) El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote.
d) En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.
e) Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros."

Indica que este Tribunal ha venido aplicando una doctrina en torno al margen de discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora de definir el objeto del contrato y su división en lotes, así como qué motivos se consideran válidos para que el órgano de contratación decida la no división en lotes. En concreto alude la que resulta de la resolución 430/2018 la cual señalaría que: *"(…) 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".*

Afirma que no es cierto lo que señala la justificación por los siguientes argumentos:

- Señala además que no es cierto que con la no división se favorezca para se puedan *"presentar a la totalidad de la oferta, cualquier licitador que se dedique a la distribución del bien"*. Expresa que esta "*justificación es incoherente precisamente con la no división por lotes. Más bien justificaría lo contrario. Si todos los potenciales licitadores pueden adquirir cualquiera de los libros objeto del suministro, ningún inconveniente hay en tener una pluralidad de lotes con distintos adjudicatarios".*

- Afirma que no es cierto que "*al tratarse de bienes que, por su tipología, formato, temática, procedimiento de fabricación o empresas distribuidoras, no genera ni diferenciación ni especialización en el mercado*". Expresa en contra de esta afirmación que "*un libro se identifica por ISBN, titulo, autor, editorial, estado de publicación (pendiente de publicar, activo, agotado o descatalogado), situación de disponibilidad de ejemplares (de stock o en impresión bajo demanda). Todos los libros se clasifican por categorías y calificadores de materia con arreglo a diferentes sistemas o esquemas de clasificación nacionales e internacionales que sirven de lenguaje documental entre el consumidor final, el librero, el distribuidor y el editor. DILVE es una plataforma española, basada en Internet, para todos los profesionales de la cadena del libro (editores, distribuidores, libreros, bibliotecas, centros de educación, centros de formación, etc.) que permite la gestión y distribución de información bibliográfica y comercial del libro en venta por categorías y calificadores de materias.".* Es decir, afirma que el acceso a la contratación pública de un mayor número de pequeñas y medianas empresas se facilita en un contrato de suministro de libros dado que sería divisible en lotes por cualquier categoría y calificador de materia según la explicación dada.

A continuación, señala múltiples criterios de posibilidad de división por lotes, a título de ejemplo, así como razona que nada tiene que ver el precio del contrato con relación a la distribución, dado que se ha establecido la posibilidad de ofrecer el máximo descuento permitido legalmente del 15%.

2. Alegaciones del órgano de contratación.
En primer lugar, en cuanto a la aplicación en el presente contrato de los fondos *"Next Generation*" y en cuanto a que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) se orienta especialmente al apoyo a las pymes y autónomos, afirma que el plan no tendría naturaleza de norma sustantiva. Afirma que no cualquier medida,

proyecto, subproyecto, actuación, etc, está su ejecución "*sujeta a la condición sine qua non de la participación de pequeñas y medianas empresas".*

Alega intencionalidad, es decir, en términos sustantivos de la regulación del recurso especial mala fe. Señala que: "*la recurrente intencionadamente pretende generar confusión, entre lo que se califica en la propia documentación del Plan, como una orientación o criterio transversal para su ejecución, cual es el fomento de las pymes, trayendo a colación la Componente 13 del Plan (Impulso a la Pyme), con la finalidad y objetivos del propio PRTR, que se manifiesta en la ejecución de una serie de reformas e inversiones, que han de materializarse en el cumplimiento de una serie de metas, hitos y objetivos que se recogen en el documento CID(Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España)".* Invoca igualmente al Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante RDL 36/2020), en el que se pronuncia en el mismo sentido sobre la potenciación de las Pymes), pero que *"no podemos confundir, la mención que se hace en determinados textos normativa de fomento de determinadas políticas públicas, como pueden ser la de fomento de las pymes, o la igualdad de género, incorporación de determinados colectivos al mercado laboral, sostenibilidad ambiental, etc., a fin de orientar la acción de gestión pública, con que éstas orientaciones públicas de gestión, pretendan sustituir e inaplicar principios regulatorios de procedimiento normalizados legalmente, y que conlleven persé (sic)la inaplicación de los principios básicos de la contratación pública, como son los de igualdad, concurrencia y no discriminación, que en todo caso deben prevalecer frente a la aplicación de dichas orientaciones de acción pública, cuando éstas puedan entrar en conflicto con aquéllos".*

Alude al art.15 de dicho Real Decreto Ley 36/2020, dado que establece una estructura de gobernanza para el PRTR, asignando al Comité Técnico constituirse como órgano de asistencia y soporte técnico de la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia. Alude en cuanto a sus orientaciones para la ejecución de los fondos que: "*Para cada instrumento de ejecución del Plan de Recuperación (contrato, subvención, convenio…) se deben tener en cuenta estas dimensiones y se recomienda incorporar aquellas medidas que se ajusten mejor al objeto del instrumento en el clausulado, siempre que sea posible, respetando el marco normativo vigente".*

El órgano de contratación se defiende, entendiendo poder apartarse de esta orientación, por el carácter de las mismas según establece el punto 1, denominado "*Carácter de las Orientaciones*", porque, serían de "*carácter adicional y de mejora, (entre ellas la de establecer el fomento de las pymes), con el cumplimiento de los hitos y objetivos del Plan*".

No finaliza la argumentación de este motivo de oposición, es decir, no argumentaría donde se encontraría el conflicto, no pudiéndose deducir.

Sobre la solvencia económica exigida, afirma, en contra de lo que señala la entidad recurrente, que efectivamente el pliego está orientado a las Pymes. No pone en duda el dato dado por parte de la entidad recurrente, siendo pacífico, por tanto, el hecho de que el 65% de las librerías facturan más del 100 %, por lo que se deduce que el 35 % está por debajo de ese criterio mínimo de solvencia. Estima que este dato supone que las pymes puedan presentarse, con lo que además estima que ha tenido en cuenta las orientaciones.

En segundo lugar, en cuanto a la no división en lotes, cumple adelantar que justifica mucho más allá de lo que resulta de la justificación que resulta del pliego. Así señala los siguientes razonamientos:

1.- Establece ahora que tiene "*especial relevancia en el proceso decisorio. Límite temporal del cumplimiento 4T-2023 del Hito y objetivo impuesto por el PRTR. Fecha límite de incorporación a catalogo el 18 de octubre de 2023".* Es

decir, estaría justificando que "*la necesidad del cumplimiento de hitos y objetivos, que, para este proyecto se especifican en el documento CID con el número 358, en el que el hito y objetivo es: libros en papel comprados y transferidos a bibliotecas públicas (al menos 450.000) y el límite de tiempo para conseguirlo es el 4T de 2023".*

Se apoya en la declaración de urgencia del procedimiento, y parece justificar que la división en lotes retrasaría la justificación y cumplimiento del contrato. (Cabe adelantar que no motiva, que circunstancias diferenciales en la gestión existe en un contrato dividido en determinados lotes, siendo un suministro, que haga imposible cumplir los plazos, a más no se justifica diferentes cronogramas, a una gestión sin división en lotes con otro donde si se encuentre la división en lotes. No obstante, no puede justificarse vía de recurso como causa el artículo 99.b) de la LCSP lo que no se encuentra justificado en el expediente. Es decir, no merece mayor consideración que una entelequia aquello que se afirma de que "*se ha evaluado en abstracto como podría afectar la posible división por lotes del contrato, generando una manifiesta incertidumbre de la consecución del hito y objetivo. En este sentido, la no consecución del hito y objetivo en plazo, conllevaría el reintegro del crédito, con el perjuicio económico que provoca a la Comunidad Autónoma y en consecuencia al interés público. Si prosperase el recurso interpuesto por la Confederación implicaría la imposibilidad de su cumplimiento".*

No se puede evaluar en abstracto y sin datos para no dividir en lotes un contrato porque ello es contrario al art. 99 LCSP.

2.- El segundo motivo que ofrece el informe, y que tampoco se encuentra en el pliego es la "*eficacia y eficiencia en la contratación".*

Señala que el "*órgano de contratación ha evaluado la posibilidad de la consecución del máximo número de ejemplares al menor precio en aplicación de la economía de escala, para además conseguir incorporar además el sistema de seguridad antihurto".* (Pues bien, no justifica que con la no división esto no se consiga, es decir, no se logra establecer a ciencia cierta que ello no se consiga con la división en lotes, menos aún que cualquiera que fuera el criterio elegido para dividir, esta eficiencia y eficacia nunca se cumpliera).

Señala que "*la consecución de la obtención del máximo número de ejemplares se ha realizado en todo caso con respeto a la regulación normativa que afecta a la adquisición de libros. Todo ello salvaguardando el principio de igualdad de acceso a la licitación, salvaguardando de este modo la libre competencia de que cualquier empresa pueda presentarse a la licitación". P*ues bien, no existe ninguna argumentación en el expediente de que esto se consiga únicamente, atendiendo a las circunstancias del objeto a contratar únicamente si no se divide en lotes.

3.- En tercer lugar, aborda la justificación de la no división por lotes del objeto del contrato, siendo ésta la única causa que sí figura en la memoria justificativa del expediente, tanto en la memoria como en el PCAP. Se explicitan las razones que el órgano de contratación justifica para la no aplicación de la división por lotes del contrato, es decir, que "*por su tipología, formato y temática, sin una diferenciación ni especialización en el mercado, no justifica su fraccionamiento por lotes, pudiéndose formular cualquier licitador que se dedique a la distribución del bien, la totalidad de la oferta. Por otro lado, la imposibilidad del establecimiento de una sistemática lógica de división del objeto por lotes genera una clara inoperatividad su división por lotes."*

4.- En cuarto lugar, alega un nuevo motivo que no se encuentra en la memoria ni en el PCAP, la naturaleza y objeto del contrato. Señala que el contrato tiene por objeto:
"(…) la adquisición de libros, de un suministro de bienes, que tienen una conceptuación de unidad, de elemento unitario que forma parte indiferenciada del conjunto del suministro, para una finalidad, para un objeto determinado, cual es el fomento de la lectura. "Por su tipología, formato y temática", adolece de parte

especializada de la prestación que lo justifique tanto desde el punto de vista de su propio proceso de fabricación, como de la empresa que se dedique a su venta. No hay en el conjunto productos específicos, ni desde el punto de vista de la fabricación, ni desde el punto de vista de la distribución. En aplicación de lo dispuesto en el citado primer párrafo del artículo 99.3 de la LCSP, es un producto que no prevé la realización independiente de cada una de sus partes. No hay partes en la prestación del contrato que sea susceptible de utilización separada y que pueda conceptuarse como unidad funcional con sustantividad propia que permita una ejecución separada".

5.- En quinto lugar, señala otra nueva causa no señalada en los pliegos que es la "*inoperatividad de la división por lotes".*

6.-Por último, alega la discrecionalidad del órgano de contratación en la elección de los elementos configuradores del contrato.

Termina contestando a las alegaciones de la recurrente manifestando que la división en lotes no sería obligatoria cuando señala:

"La posibilidad - que no obligación - de la división del objeto por lotes en la contratación pública, por interés de un determinado colectivo, no puede hacer a la contratación pública rehén de dicho colectivo, incluso a costa de la inaplicación de sus principios (igualdad, concurrencia, no discriminado, no fraccionamiento del contrato, etc).

Una cosa es la promoción de las pymes que está reconocida normativamente, y otra es pretender aplicarla sin más argumento y finalidad que la distribución de los fondos a dicho colectivo, sin contemplar otros requisitos legales y de procedimiento que la simple promoción del colectivo".

SÉPTIMO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

1. <u>El primer motivo del recurso. La proporcionalidad de la solvencia económica exigida.</u>

El pliego de cláusulas administrativas particulares señala en la cláusula 6.2:

"a) Para celebrar contratos, las personas licitadoras deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia que se especifican en el Anexo I-apartado 4 donde, asimismo, se indicará la documentación requerida para acreditar las mismas."

En el mismo se señalan dichos medios de acreditación, los cuales son alternativos:

"*A través del volumen anual de negocios (1) o del Patrimonio Neto (2)*
1 *1. Volumen anual de negocios de la empresa en el mejor ejercicio dentro de los cinco últimos disponibles deberá alcanzar un importe mínimo de: 100.000 euros.*
El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si la persona licitadora estuviera inscrita en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrita. Las personas licitadoras individuales no inscritas en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

1 *2. El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico de las cuentas anuales aprobadas deberá superar 20 % del importe del contrato.*

Se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si la persona licitadora estuviera inscrita en dicho registro, y en caso contrario, por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrita. Las personas licitadoras individuales no inscritas en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

1 *3. Otros medios de prueba distintos de los previstos en los apartados anteriores -sólo en caso de contratos no sujetos a regulación armonizada:*
En caso de admitirse oferta integradora, requisitos de capacidad y solvencia económica financiera: No procede".

El artículo 74.2 de la LCSP establece que "*los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.*"

En relación con la proporcionalidad de la solvencia, para conocer la admisibilidad del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los medios de acreditación y nivel de los señalados en el pliego son objetivamente admisibles en relación con el objeto del contrato, teniendo en cuenta, por un lado, su complejidad técnica y su dimensión económica, u otras circunstancias, de tal modo que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad. La LCSP no permite que los requisitos de solvencia establecidos por el órgano de contratación no pueden suponer una restricción indebida o desproporcionada de los principios de libre competencia e igualdad entre licitadores, con un impacto potencialmente negativo en la eficiente utilización de los fondos públicos en un marco de estabilidad presupuestaria y control del gasto. Como ya señaló el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Aragón, en su Resolución 58/2014, "*El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada*".

Ni la entidad recurrente ni el órgano de contratación en sus alegaciones hacen referencia al artículo 87 de la LCSP, el cual señala sobre los medios de solvencia económico y financiero que:

"a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 336.".
"c) Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. La ratio entre activo y pasivo podrá tenerse en cuenta si el poder adjudicador

especifica en los pliegos de la contratación los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato. Estos métodos y criterios deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorios".

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 36/07, de 5 de julio de 2007), en interpretación de tales preceptos de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, señalaba ya que los criterios de solvencia "*han de cumplir cinco condiciones: que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, - que sean criterios determinados, - que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, - que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate - y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio".*

En conclusión, siendo el valor estimado del contrato de 445.269,23 euros, y teniendo en cuenta las reglas fijadas en el artículo 87 LCSP examinado, una primera conclusión podría ser que el importe de cifra de negocios exigido para la acreditación de la solvencia económica y financiera es, indudablemente, ajustado a los parámetros fijados en la ley.

Sin embargo, dado el objeto del recurso debemos estar igualmente al apartado 4 de este artículo 87 de la LCSP, el cual señala especialmente:

"4. La solvencia económica y financiera requerida deberá resultar proporcional al objeto contractual de conformidad con lo establecido en el artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas".

Ello enlaza con el segundo de los motivos sustantivos del recurso especial interpuesto, que consiste en determinar si está o no justificada la no división de lotes que ha realizado el órgano de contratación, y ello por las consecuencias que la división tiene necesariamente en el objeto del contrato, pues si puede ser objeto de prestación parcial por lotes, cada lote debe guardar proporcionalidad en cuanto a la solvencia exigida. De este modo, si el contrato estuviera infringiendo la regla general de la necesaria división en lotes que regula el artículo 99 LCSP, salvo la existencia de una justificación adecuada y suficiente, lógicamente, ello tendría consecuencias directas sobre la consideración de la solvencia, pues la proporcionalidad podría quedar afectada, dado que en virtud del artículo 99.5 d) la solvencia quedaría limitada únicamente a los lotes a los que se presentase un determinado licitador.

No obstante, no se aborda en el informe al recurso la legalidad del criterio de solvencia exigido, así como debe ponerse de relieve que todo ello debe entenderse sin perjuicio del deber que el legislador impone al órgano de contratación de justificar en el expediente la elección de todo criterio de solvencia (artículo 116.4 del texto contractual).

2. <u>Sobre la justificación de la decisión de no dividir en lotes.</u>

El artículo 99.3 de la LCSP, recogiendo las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, establece que «s*iempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.*

No obstante, lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

"a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conllevase el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente".

Resulta, pues, incuestionable desde un punto de vista legal que la división del objeto del contrato en lotes debe ser la regla general -sobre todo tratándose de grandes contratos- y ello con la clara finalidad de promover la concurrencia y favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas en las licitaciones públicas. Ahora bien, esta regla general admite excepciones cuando existan motivos válidos previamente justificados en el expediente de contratación que aconsejen la unidad del objeto en lugar de su fraccionamiento. Esta posibilidad que asiste al órgano de contratación para sostener y motivar la indivisión entronca con el ámbito de discrecionalidad del que goza para la configuración del objeto contractual, atendiendo al mejor modo de satisfacción de las necesidades públicas.

En definitiva, el legislador pretende conciliar los principios básicos de la contratación pública y especialmente, el de libre concurrencia con la mejor y más adecuada satisfacción de las necesidades públicas, de manera que, si el órgano de contratación aporta motivos válidos para mantener la unidad del objeto y hace públicas dichas razones en el expediente o en los pliegos, la excepción puede imponerse a la regla general del fraccionamiento. Ahora bien, como señala el propio artículo 99.3 de la LCSP, los motivos para la indivisión han de ser válidos, pudiendo ser los que indica el propio precepto u otros, pero ello pasa siempre por realizar una justificación "ad hoc", concreta y específica en relación con la contratación de que se trate, no pudiendo prosperar razones que sean meramente formales, genéricas o imprecisas y que no obedezcan a una decisión del órgano de contratación claramente vinculada a la mejor satisfacción del interés público que representa el contrato.

Por lo demás, al regir en esta materia el principio de discrecionalidad técnica, este Tribunal podrá discutir si existe motivación y/o si esta es suficiente, debiendo respetar los razonamientos técnicos de la decisión del órgano de contratación, salvo manifiesto error o falta de concreción y adecuación de los mismos al supuesto de que se trate.

Lo anterior determina que, una vez salvaguardados estos límites de la discrecionalidad técnica en la decisión de no dividir el contrato en lotes, cualquier otro planteamiento técnico distinto al del órgano de contratación que puedan esgrimir los recurrentes supondrá una justificación paralela a la del mismo, que no podrá prevalecer

sobre la de dicho órgano al que se presume imparcial y conocedor del interés público que satisface el contrato. Como señala la Resolución 1165/2019, de 21 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *«que el planteamiento hecho por el recurrente sea técnicamente admisible o viable, no puede considerarse elemento suficiente para hacer decaer un criterio administrativo motivado y reflejado en el expediente. Tampoco la existencia de precedentes puede sostener un pronunciamiento anulatorio, por cuanto puede ser la experiencia obtenida, precisamente la que haya conducido a un cambio en el criterio».*

Así pues, podemos extraer las siguientes conclusiones en la materia:

a) La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.
b) Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos.
c) El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, en atención a la satisfacción del interés público, la magnitud de cada expediente y de cada lote.
d) En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.
e) Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros.

Lo hasta ahora expuesto responde, asimismo, a la doctrina que ha ido acuñando este Tribunal. Así, se citan las Resoluciones 190/2019, y más recientemente 56/2022, en la medida que hacen referencia expresa al criterio en la misma línea argumental de otros tribunales de recursos contractuales.

Pues bien, sobre estas premisas debe analizarse la justificación de la no división del objeto contractual. Las partes ponen de relieve la importancia de las orientaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En este sentido, el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, recoge en el Capítulo III del Título IV las especialidades en materia de contratación administrativa, siendo el alcance del artículo 54 únicamente que en la "*elaboración de pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas, correspondientes a los contratos a celebrar para la gestión de los fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que incorporen todos los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social que se consideren necesarios y estén amparados por la norma legal correspondiente.*"

Es decir, no existe una vinculación directa de los fondos más allá de que es una pauta que debe tener en cuenta como estrategia dichas Administraciones a la hora de elaborar sus pliegos.

Dicho lo anterior, y sobre la naturaleza de los fondos de los que procede la financiación del presente contrato sí debemos tener en cuenta la instrucción de 11 de marzo de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, "*sobre la tramitación de urgencia de los procedimientos de licitación de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del plan de recuperación, transformación y resiliencia".* En las conclusiones realiza las siguientes afirmaciones:

- "El artículo 50 del Real-Decreto Ley 36/2020, el cual tiene carácter básico según su Disposición Final Primera y resulta, por tanto, de aplicación a todo el Sector Público, configura la aplicación de la tramitación de urgencia como excepcional, de modo que no cabe de forma generalizada o automática para los contratos financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

- Tal interpretación deriva de las normas propias del Derecho Comunitario, que impiden una declaración ex lege de urgencia de todos los procedimientos de licitación de contratos financiados con cargo a los citados fondos.
(…).
- En consecuencia, resulta necesario que el órgano de contratación valore, caso por caso, las circunstancias que podrían exigir una tramitación más rápida, ponderando debidamente los riesgos de limitar la competencia o infringir los principios básicos del Tratado, dados los eventuales efectos perjudiciales sobre la competencia de la reducción de plazos (especialmente para las PYMEs).

Dos conclusiones cumplen señalar de la norma y de la instrucción citados, la interpretación sobre la aplicación de los fondos, la más plausible, es que los mismos, entre otros criterios debería ser orientados a la "*potenciación de las pymes*", siendo cierto que el Real Decreto -Ley no establece ninguna obligación o imposición más allá de tenerse en cuenta en la elaboración de dichos pliegos. No obstante, de la instrucción del órgano consultivo citado, sí se pone de manifiesto, que en procedimientos como el presente, donde se ha tramitado de urgencia, debería ponderarse los riesgos de la reducción de plazos, especialmente para no limitar la participación de las pymes, además de la justificación que deba ser realizada sobre la urgencia (en la cual no se entrará puesto que no es una cuestión alegada, y por tanto consentida por la entidad recurrente).

Ello debe sumarse a la consideración que merece la obligación de la división de los contratos en lotes como regla general.

El Informe 12/20 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado trata en este caso de diversas cuestiones de interés referentes a los contratos divididos en lotes, de tal modo que señala que, de conformidad con las Directivas de la UE, la LCSP en el artículo 99 supone en efecto una medida imperativa en favor del acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública al introducir una nueva regulación que prevé como regla general la realización independiente de las partes del objeto de un contrato mediante su división en lotes, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, y salvo que se justifique en el expediente su improcedencia por motivos válidos (artículo 99.3 LCSP).

La primera duda que surgía en este caso a la entidad consultante a la hora de resolver aquel informe por el órgano consultivo estribaba en conocer si en un contrato adjudicado por lotes estamos en presencia de un único contrato con varios proveedores o si, por el contrario, cada lote sería un contrato según lo establecido en el artículo 99.7 de la LCSP, dado que el tenor literal del precepto citado indica que:

"En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato."

Se deduce, y así lo corrobora la Junta Consultiva que del precepto citado se deduce con facilidad que la regla general es que cada lote constituye un contrato diferente.[1] De este modo la división en lotes del objeto del contrato ha sido prevista por el legislador con la finalidad de promover y facilitar el acceso de las PYMES a la contratación pública. En el aspecto procedimental, no obstante, se establece como garantía específica para evitar el fraccionamiento ilícito del contrato y que se puedan ver vulneradas las normas adjetivas y los umbrales aplicables que "*cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben*

1Por excepción, hay dos supuestos en que los diferentes lotes adjudicados podrán considerarse como un único contrato; esto es:
1-. Si el órgano de contratación considera oportuno, en ejercicio de la facultad legalmente conferida, prever expresamente en el pliego que constituirá un solo contrato para todos los lotes adjudicados a un mismo licitador,
2-. o en el caso de que se adjudique a una oferta integradora cumpliendo los requisitos del artículo 99.5 de la LCSP.

aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2." (artículo 99.6 de la LCSP).

Por tanto, la determinación del procedimiento aplicable a la selección del contratista y los umbrales aplicables deben responder al valor acumulado del conjunto de las prestaciones o lotes en que se divide el contrato. Esta norma guarda una perfecta congruencia con la prevista en el artículo 101.12 de la LCSP a los efectos del cálculo del valor estimado en los contratos adjudicados simultáneamente por lotes. Sin embargo, y he aquí la importancia de la debida justificación de la no división en lotes realizada por el órgano de contratación en el presente procedimiento de contratación, no es esto igual en la LCSP respecto de otros aspectos concretos como puedan ser la solvencia y las garantías y, sin embargo, podemos encontrar en la LCSP otras disposiciones que sí tratan la cuestión.

Así y como señalábamos anteriormente, el artículo 74.2 LCSP indica que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos deben *"estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo."*

Pues bien, esa necesaria proporcionalidad determinaría que, si estamos en presencia de diferentes contratos para cada lote adjudicado, como resulta ser la regla general, cada uno de ellos suponga que se exija unas condiciones de solvencia vinculadas a la concreta prestación que constituye su objeto. Por el contrario, si estamos en presencia de un solo contrato, bien por exigirlo los pliegos o bien por razón de la existencia de ofertas integradoras, la proporción adecuada de las condiciones de solvencia se alcanzará con el conjunto de las prestaciones a que se refiere el único contrato existente y las ofertas integradoras presentadas en su seno. Este mismo criterio puede deducirse del párrafo final del artículo 87 a) de la LCSP en que se ordena que el criterio del volumen anual de negocios o el del volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato se aplique en relación con cada uno de los lotes en que esté dividido el contrato.

Igualmente, ocurrirá consecuentemente con las garantías, pudiendo destacar que conforme al artículo 106.2 de la LCSP en el caso de división en lotes, la garantía provisional se fijará atendiendo exclusivamente al importe de los lotes para los que el licitador vaya a presentar oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato. Por tanto, también en este caso si existen tantos contratos como lotes a cada uno de ellos se le exigirá una garantía apropiada y proporcionada al valor de cada lote separado. Por el contrario, cuando sólo exista un contrato por exigirlo el pliego o por existir ofertas integradoras se deberá fijar la garantía en función del valor conjunto de los lotes adjudicados de manera integrada.

Así, no cabe duda de que cada lote funciona como un contrato independiente, cada uno con su propio presupuesto, diferente solvencia técnica y económica, distinta exigencia de garantía definitiva, etc. La independencia de cada uno de los lotes se pone de manifiesto en caso de impugnación de la adjudicación en uno de ellos, pues la misma no determina la suspensión del resto, cuyos contratos pueden formalizarse y su ejecución comenzar. De la misma forma, la exclusión del licitador en uno de los lotes por alguna deficiencia en su solvencia u oferta no determina por sí misma, la exclusión en todos los lotes en los que se hubiera presentado. En el caso contrario, cuando sólo exista un contrato, la respuesta habrá de ser, como hemos visto, también la contraria, de modo que las condiciones de solvencia y la garantía habrán de referirse, como dice la ley al " *valor acumulado del conjunto*."

Asimismo, si en condiciones normales, cada uno de los lotes constituye un contrato, las cuestiones relativas a sus efectos y cumplimiento deben resolverse teniendo en cuenta esta característica. De esta manera, tanto el límite del 20 % establecido en el artículo 204.1 de la LCSP para las modificaciones previstas en los pliegos, como el límite del 10 % de variación en las unidades de ejecución previsto en los artículos 301 y 309 de la LCSP deben referirse al precio de cada uno de los contratos en que consiste cada lote.

Sólo en los casos declarados como excepción tantas veces mencionados, la previsión expresa en los pliegos o la existencia de una oferta integradora, cabe referir los porcentajes expuestos al precio del conjunto.

Llegados a este punto, debemos examinar la justificación realizada por el órgano de contratación en el expediente remitido (y no en el informe al recurso especial) sobre la división en lotes, y que ya ha sido reproducida. En este sentido, el PCAP en el Anexo I, en el apartado 1 señala:

"División en lotes: No
Justificación de la no división del contrato en lotes: La naturaleza y el objeto del contrato no aconsejan la división en lotes, al tratarse de bienes que, por su tipología, formato, temática, procedimiento de fabricación o empresas distribuidoras, no genera ni diferenciación ni especialización en el mercado, pudiéndose presentar a la totalidad de la oferta, cualquier licitador que se dedique a la distribución del bien. Por otro lado, la imposibilidad del establecimiento de una sistemática lógica de división del objeto por lotes, genera una clara inoperatividad de gestión técnica del suministro".

En este sentido, examinadas las posiciones de las partes, en primer lugar, no es posible admitir determinadas alegaciones vertidas en el informe al recurso, que vienen a poner de manifiesto razonamientos no recogidos en la documentación que forma parte del procedimiento de licitación. Y ello es así, por cuanto la justificación del órgano de contratación debe ser expresa y previa, y no posterior, pues la falta de ésta, en los términos puestos de manifiesto en el informe al recurso no pueda ser ahora admitida, sin que ni siquiera este Tribunal pueda prejuzgar su conformidad a Derecho.

Al respecto, a la hora de analizar la justificación de la no división en lotes la elección se ha de atender estrictamente al contenido de los pliegos, y demás documentación que formen parte de la licitación, que delimitan el objeto de la prestación sin que su contenido pueda ser alterado en un momento posterior. En este sentido, procede hacer referencia a la ya reiterada doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de "lex contractus" de los pliegos una vez que adquieren firmeza, y su carácter vinculante no sólo para las entidades licitadoras sino también para el órgano de contratación redactor de sus cláusulas, quien tras la aprobación y publicación de aquellos se autolimita en su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato (v.g., entre otras muchas, Resoluciones 295/2020, de 3 de septiembre y 615/2022, de 16 de diciembre).

Por tanto, debemos centrarnos en la afirmación que realiza la memoria y el PCAP por cuanto el objeto del contrato no permitiría la división porque se tratarían de "*bienes que, por su tipología, formato, temática, procedimiento de fabricación o empresas distribuidoras, no genera ni diferenciación ni especialización en el mercado*". Expresa, y compartimos con la recurrente, que la discrecionalidad del órgano en los términos que ha justificado la razón de no división en lotes, resulta superada con la argumentación que realiza la entidad recurrente , dado que es evidente que el suministro de un libro es esencialmente divisible, sin que se haya argumentado ni en el PCAP ni en la memoria, ni tampoco en el razonamiento vertido en el informe al recurso, a

pesar de ser nuevos razonamientos que no pueden ser tenidos en cuenta, ningún fundamento a la no división que pueda enmarcarse en el artículo 99.3 LCSP.

No ha quedado justificado materialmente en el expediente la afirmación que se advertía en el PCAP sobre la no división dado que el objeto "*por su tipología, formato y temática, sin una diferenciación ni especialización en el mercado, no justifica su fraccionamiento por lotes, pudiéndose formular cualquier licitador que se dedique a la distribución del bien, la totalidad de la oferta. Por otro lado, la imposibilidad del establecimiento de una sistemática lógica de división del objeto por lotes genera una clara inoperatividad su división por lotes.*"

En el sentido anteriormente manifestado, se relacionan los efectos que la no división en lotes produce sobre los requisitos de solvencia económica y financiera que incluso el propio órgano de contratación reconoce que son restrictivos de la competencia.

Al respecto cae en una contradicción el órgano de contratación, pues la afirmación contenida en el recurso de que solo el 65% de entidades empresariales del sector supera los 100 mil euros de volumen de negocio, resulta consentida completamente por el órgano de contratación, afirmando que incluso ello significa que las pymes pueden presentarse. Este Tribunal debe estimar el motivo del recurso, pues una discriminación no justificada el 35 % de entidades empresariales del país que no puedan acceder a concurrir a este contrato debe considerarse necesariamente discriminatorio, pues la única causa explicitada, ni es ostensible, ni resulta justificada desde un punto de vista técnico material que se encuentre en el expediente.

Respecto de las demás causas ahora señaladas en el informe al recurso especial, y a pesar de que como se ha comentado, no podrían prosperar como se ha expuesto a mayor abundamiento debe considerarse si las mismas encontrarían su encaje en el artículo 99.3 de la LCSP.

Con relación al límite temporal de ejecución de los fondos, nótese que entre las medidas establecidas en el Real Decreto Ley 36/2020, o en el Decreto Ley 3/2021, en el ámbito de la Junta de Andalucía el legislador no ha establecido ni unido dicho motivo entre nuevas causas para justificar la no división en lotes. Tampoco se esgrime argumentación de por qué la no división en lotes redunda en una ejecución más prolongada en el tiempo en el presente expediente. Es más, podría contrargumentarse que con mayor división incluso menos probabilidad de que la inejecución sea total pues no se deja la ejecución del contrato a una única entidad empresarial.

Lo mismo cabe considerar respecto del procedimiento de urgencia, pues no es una causa que se encuentre incluida dentro de dicho precepto. No motiva qué circunstancias diferenciales en la gestión existe en un contrato dividido en determinados lotes, siendo un suministro, que haga imposible cumplir los plazos, a más no se justifica diferentes cronogramas, a una gestión sin división en lotes con otro donde si se encuentre la división en lotes. Es decir, no merece mayor consideración que una entelequia aquello que se afirma de que "*se ha evaluado en abstracto como podría afectar la posible división por lotes del contrato, generando una manifiesta incertidumbre de la consecución del hito y objetivo. En este sentido, la no consecución del hito y objetivo en plazo conllevaría el reintegro del crédito, con el perjuicio económico que provoca a la Comunidad Autónoma y en consecuencia al interés público. Si prosperase el recurso interpuesto por la Confederación implicaría la imposibilidad de su cumplimiento".*

Tampoco se explica en el pliego que hace que la no división sea mejor para la "*eficacia y eficiencia en la contratación".* No es causa aquello que se afirma sobre que el "*órgano de contratación ha evaluado la posibilidad de la consecución del máximo número de ejemplares al menor precio en aplicación de la economía de escala, para*

además conseguir incorporar además el sistema de seguridad antihurto". Pues bien, esta justificación ni se encuentra en el art. 99 LCSP, ni tampoco se justifica que con la no división esto no se consiga, ya que no se logra establecer a ciencia cierta que esta afirmación quede acreditada, es decir, no resulta explicado cómo funcionaría esa economía de escala, de tal modo que esta eficiencia y eficacia nunca se cumpliera con un licitador que concurriera a todos los lotes, y menos aún que dado que el descuento del 15% es libre de ofrecerse como tope para todos los licitadores, pues, el coste de cada libro, viene determinado por el precio fijo unitario de cada ejemplar, de acuerdo con lo establecido en el art. 9 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura y de las bibliotecas. La excepción como bien señala el propio anexo I del PCAP establecida en el art. 11 de dicha Ley podría aplicarse en descuentos de hasta el 15% del precio fijo cuando los consumidores finales sean Bibliotecas, Archivo, Museos, Centros Escolares, Universidades o Instituciones o Centros, sin que esté limitado por el carácter de la entidad que los suministrare.

Por otro lado, ni se explica, y resulta, natural y esencialmente inexplicable, estimar que el suministro de libros "*es un producto que no prevé la realización independiente de cada una de sus partes. No hay partes en la prestación del contrato que sea susceptible de utilización separada y que pueda conceptuarse como unidad funcional con sustantividad propia que permita una ejecución separada".*

Es una nueva motivación que no figura en la memoria, de tal modo que no puede pretenderse valer en fase de recurso, por lo que debe desestimarse por este motivo, como ya se apuntó, sin perjuicio de que resultaría artificioso combinar la edición con la distribución (aunque no lo llega a expresar), pues son actividades del sector claramente diferenciadas, menos aún que un suministro de libros pueda calificarse como unidad, tampoco se justifica más allá de la mención genérica que hace. Es decir, no lo explica, siendo una argumentación carente de el más mínimo soporte fáctico, esencial para motivar la indivisión.

En cuanto a la nueva causa no señalada en los pliegos que es la *"inoperatividad de la división por lotes",* nada se explica, y por último en cuanto a la discrecionalidad del órgano de contratación en la elección de los elementos configuradores del contrato, ésta encuentra sus límites en la necesidad de una motivación suficiente, la cual sí estima este Tribunal que concurre en este supuesto, tanto en la justificación como en elaboración de los pliegos de tal modo que puedan refutarse como infracción de los pliegos la no división de los mismos.

Esta no división en lotes, como se ha afirmado obviamente, ha supuesto que la solvencia exigida no haya podido acreditarse que no sea desproporcionada, y haya sido igualmente discriminatoria al exigirse un mínimo que en opiniones de las partes habría podido dejar fuera al 35% de las entidades licitadoras.

En definitiva, se infiere que ha existido restricción injustificada de la competencia, por la restricción que ocasiona dada la no división en lotes, y su repercusión obvia en la solvencia exigida. Por último, la controversia suscitada en el presente supuesto que se circunscribe a la división en lotes del objeto del contrato ya ha sido tratada con anterioridad por este Tribunal con relación a la justificación de la no división. Resulta especialmente esclarecedora la Resolución 97/2021, de 18 de marzo, -a la que nos remitimos- en la que se argumenta que la adecuada justificación de los órganos de contratación en los expedientes de contratación se erige en instrumento fundamental para determinar si una configuración del objeto que tienda a la agregación de bienes o servicios debe prevalecer o no sobre el nuevo objetivo marcado por el legislador europeo y el nacional dirigido a la promoción y mayor participación de las PYMES en la contratación pública. En la mencionada Resolución 97/2021, al analizar un supuesto en el que desde una perspectiva formal sí se había procedido a dividir el objeto del contrato en lotes, se indica que un análisis más profundo de la cuestión -a la vista de los términos en que se plantea la controversia- exige examinar si pese al cumplimiento formal de la regla general de división del objeto, se ha podido ver truncada la finalidad del artículo 99.3 de la LCSP, si se tenían en cuenta los elevados valores

mínimos de solvencia exigidos por lote se estimaba por el aparente fraccionamiento formal del objeto, es decir, aun dividido no se justificaba materialmente.

OCTAVO. Efectos de la estimación del recurso especial.

La estimación del recurso especial en su integridad supone que deban anularse los extremos referidos tanto a la no división en lotes, procediéndose a la retroacción del procedimiento al momento de elaboración de los pliegos a efectos de que de conformidad con las reglas del artículo 99 LCSP se proceda bien a la división del contrato (y con ello a modificar el pliego dadas las consecuencias que la división tiene en otros requisitos, como la solvencia o las garantías), o incluso a la no indivisión del mismo conforme a criterios válidos que sea conforme al artículo 99.3 LCSP.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE GREMIOS Y ASOCIACIONES EMPRESARIALES COMERCIO DE LIBREROS – CEGAL,** contra los pliegos que rigen el contrato de suministros denominado “Adquisición de libros en papel para su incorporación al catálogo colectivo de las bibliotecas públicas del estado-bibliotecas provinciales de Andalucía”, convocado por la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte (Expte. CONTR 2023 163242 CCUL-10-2023); y, en consecuencia, anular las citadas cláusulas así como los actos del expediente de contratación relacionadas con su aprobación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 23 de junio de 2023.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.