

“LA DIVISION DEL OBJETO DEL CONTRATO EN LOTES”.

D. M^a. PILAR BATET JIMÉNEZ

Jefa del Servicio de Contratación y Central de compras de la Diputación Provincial de Castellón

Fecha de finalización del trabajo: mayo 2016

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. REGULACIÓN DE LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES :

- 1. REGULACIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA**
- 2. REGULACIÓN DE LOS LOTES EN LA NORMATIVA EUROPEA**
- 3. ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO CUANDO SE ESTABLEZCAN LOTES**

III. DISCRECIONALIDAD DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN:

- 1. PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**
- 2. LA DISCRECIONALIDAD DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN**
- 3. ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO CUANDO SE ESTABLEZCAN LOTES**
- 4. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN RELACIÓN CON LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES**

IV. LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE LOTES A LOS QUE UN OPERADOR ECONÓMICO PUEDE LICITAR O SER ADJUDICATARIO:

- 1. LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE LOTES**
- 2. COMBINACIÓN DE LOTES**

V. LA GESTIÓN INTEGRAL DE SERVICIOS

VI. CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN

La regulación jurídica de la división del objeto del contrato en lotes efectuada por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante la Directiva 24), ha supuesto un cambio sustancial respecto de la regulación en nuestra normativa contractual al establecer, como regla general, la división del contrato en lotes y la necesidad de justificar los motivos que impiden o desaconsejan no hacerlo, así como la posibilidad de limitar tanto en la licitación como la adjudicación de uno o varios lotes para una misma empresa. La división en lotes podrá realizarse de una manera cuantitativa, adecuando el importe de los mismos a la capacidad de las pequeñas empresas, o de forma cualitativa, teniendo en cuenta los diferentes sectores y las especializaciones de las empresas.

Con el nuevo marco normativo europeo, se pretende favorecer la participación de las pymes en la contratación pública, dotándolas de mayores oportunidades de competir con las grandes empresas en las licitaciones públicas.

En el presente artículo se analizará básicamente el cambio operado por la normativa europea respecto de la división del contrato en lotes, las posibilidades que se ofrecen respecto de la limitación o la combinación de los lotes, así como la discrecionalidad del órgano de contratación para su configuración y el alcance de su revisión por los tribunales administrativos y judiciales, efectuando un análisis de los pronunciamientos de la Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y, especialmente, de los Tribunales de Recursos Contractuales .

II.- REGULACIÓN DE LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES:

1. REGULACIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

A la legislación española no le es extraña la división del objeto del contrato en lotes, teniendo referencias remotas en algunas normas como la Orden del Almirantazgo de 3 de mayo de 1968, tal y como pone de manifiesto MUÑOZ¹. Con la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas ya se prevé la posibilidad de división del contrato en lotes, para obras y servicios y será tras la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de

1 MUÑOZ ZAPATA, DAVID, "La división del contrato en lotes tras la aprobación de la cuarta generación de Directivas", en la Revista: Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, nº 136, 2015, págs. 42-63.

Contratos del Sector Público, con la que a efectos de la regulación de los contratos sujetos a regulación armonizada, se extiende la posibilidad de división en lotes a los contratos de suministro.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), hace una regulación del fraccionamiento del contrato, desde la premisa de evitar el fraude.

En el artículo 86.3 TRLCSP, se admite la posibilidad de establecer lotes cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- que el objeto del contrato admita fraccionamiento,
- que se justifique debidamente en el expediente,
- que cada una de las partes que conforman los lotes sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado;
- que constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Regula también el citado artículo, un supuesto especial de división del contrato en lotes en el caso de obras, cuando las prestaciones permitan una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En el supuesto de división del contrato en lotes, las normas procedimentales y de publicidad a aplicar para la adjudicación de cada lote, serán las que correspondan en función del valor acumulado de todos los lotes, con las excepciones contenidas en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2². Lo que se pretende por el legislador es evitar que se fraccione un contrato para disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o de procedimiento (art. 86.2 TRLCSP).

Señala AGUDO³ que el “El fraccionamiento, para ser conforme a Derecho, no sólo no debe perseguir la evitación de las reglas sobre publicidad y concurrencia, sino que, de forma previa, ha de ser respetuoso con el principio de complitud del objeto del contrato y su necesaria vinculación con las necesidades públicas a satisfacer”.

2 Cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la obra iguale o supere la cantidad para la regulación armonizada, se aplicará ésta a la adjudicación de cada lote, sin embargo, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a un millón de euros -o 80.000 euros en servicios y suministros-, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

3 AGUDO GONZALEZ, JORGE, “El fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de Ley”, en la Revista de Estudios Locales “Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local”, Coordinada por Jesús Colás Tenas y Silvia Díez Sastre, nº 161, pág. 147-181.

La cuestión sobre la utilización o aprovechamiento separado de las prestaciones y la de cuando éstas constituyen una unidad funcional, es harta delicada⁴ y deberá valorarse en atención a las circunstancias particulares de cada contrato, habiendo sido objeto de numerosos informes de las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativas.

Podemos destacar el Informe 69/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante JCCA) del Estado, que dispuso que existirá fraccionamiento del objeto del contrato, cuando las diversas partes de la prestación que se contraten individualmente no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente.

Pues bien, la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación, va a dar un giro importante respecto del concepto de “unidad funcional”, puesto que a partir de ahora, en aplicación de la Directiva 24, los órganos de contratación podrán justificar la división del contrato en lotes con la finalidad de favorecer el acceso de las Pymes a las licitaciones. La JCCA del Estado, en el reciente informe 12/2015, de 6 de abril de 2016, llama la atención sobre el cambio de criterio con el expresado en su informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013, que trataba de la contratación por un Ayuntamiento de unas obras de reparación de aceras en diversas calles de la misma ciudad y la JCCA consideró que existía una única finalidad (la reparación de aceras) lo que conllevaba una unidad funcional, y la justificación de la división del contrato para beneficiar a las pymes, no justificaba la división, concluyendo que se debía utilizar un único procedimiento de adjudicación para la totalidad de las aceras a reparar. Pues dice ahora la JCCA que “este criterio debe entenderse ahora superado tras el cambio de contexto”.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que lo que se pretendía por el órgano que realizó la consulta que motivó el informe 31/2012, no era la dividir el contrato en lotes, sino efectuar contratos menores o negociados para cada calle, solución que ahora tampoco se podría realizar.

Como indica GALLEGO⁵, desde el punto de vista teórico, es difícil que se cometa fraude de ley al fraccionar un contrato, puesto que el art. 86.3 TRLCSP, último párrafo, establece que las normas de publicidad que deben aplicarse para la adjudicación de cada lote se determinará en función del valor acumulado del conjunto, desapareciendo así la objeción fundamental utilizable contra la división en lotes.

4 Ver artículo de BATET JIMENEZ, MARIA PILAR, “Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos” en www.obcp.es

5 GALLEGO CORCOLES, ISABEL, “Contratación del Sector Público Local”, Libro colectivo coordinado por Castro Abella, F., Wolers Kluwer España, S.A., 3ª ed., 2013, págs. 576 y ss.

En cualquier caso, la regla general contenida en el TRLCSP, es la no división del contrato en lotes, y excepcionalmente, se podrá realizar si se dan los requisitos citados anteriormente y se motiva en el expediente.

La Unión Europea ha venido poniendo de relieve la dificultad que experimentan las pymes para acceder a la contratación pública, considerando a estas empresas como la espina dorsal de la economía de la Unión Europea por su gran potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación. La doctrina también ha venido manifestando la necesidad de que se adopten medidas activas de protección y ayuda a las PYME, como señala BLANCO⁶, la adopción de éstas medidas no tiene porqué laminar los principios de igualdad de trato y objetividad, y la reducción de los grandes contratos en lotes, minorando así los requisitos de solvencia y la complejidad ejecutiva de la prestación, favorece directamente a las pymes.

2. REGULACIÓN DE LOS LOTES EN LA NORMATIVA EUROPEA

La regulación de la Directiva 24 cambia la situación jurídica respecto de la división del objeto del contrato en lotes, al establecer en su artículo 46, que los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir el contrato en lotes, incluyéndola en los pliegos de la contratación o en el informe específico. Estamos ante la regla inversa que determina el TRLCSP, que exige motivar la elección de dividir el contrato en lotes.

La justificación de esta regulación viene establecida en los considerandos 78 y 79, en los que se dispone que “debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME”.

Con esta regulación, se quiere fomentar la división de los grandes contratos en lotes, tanto de forma cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos.

6 BLANCO LÓPEZ, FRANCISCO, “División del objeto contractual en lotes. Delimitación de los lotes a los que se puede licitar y de los que se puede resultar adjudicatario. Medidas a favor de las PYME”, en www.obcp.es

Establece la Directiva 24 que el poder adjudicador estudiará la conveniencia de dividir los contratos en lotes y determinará libremente la cuantía y el contenido de los lotes, pero cuando decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, deberá indicar las razones que expliquen dicha elección. Y establece, a modo de ejemplo, las razones que pueden justificar el no establecimiento de lotes: “el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.

Por otra parte, permite a los Estados Miembros que puedan imponer, en la normativa de transposición de la misma, la división en lotes de determinados contratos, de los que, por tanto, no habrá opción de decidir la no división en lotes.

La protección de las pymes es un referente constante a lo largo de la Directiva 24, por ejemplo, en el considerando 59, en relación con la agregación y la centralización de las compras, indica que se debe prestar una especial atención para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo, evitar la colusión y preservar la competencia y las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

La Unión Europea ya había dado pasos hacia el fomento entre los países miembros del apoyo a las PYME, con la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: Iniciativa en favor de las pequeñas empresas⁷, en la que se señala que papel de las PYME en nuestra sociedad es cada vez más importante, ya que crean empleo y son protagonistas clave para garantizar la prosperidad de las comunidades locales y regionales; posteriormente, con el “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”⁸ (mencionado en el considerando 78 de la Directiva), en el

7 Bruselas, 25.6.2008, COM(2008) 394 final.

8 Bruselas, 25.06.2008, SEC(2008)2193. Establece las posibles soluciones a las dificultades que encuentran las PYME, agrupándolas bajo los siguientes epígrafes:

- Superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos
- Garantizar el acceso a la información relevante
- Mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información proporcionada
- Fijar niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados
- Aliviar la carga administrativa
- Poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio
- Conceder plazo suficiente para preparar las ofertas

que se indica la necesidad de superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos; y también se hace referencia a las pymes en el “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”⁹.

Como indica MUÑOZ¹⁰, al realizar un análisis de la regulación de la división en lotes en cada una de las cuatro generaciones de Directivas en materia de contratación pública, señala que “la regulación que este nuevo paquete de Directivas (en alusión a la cuarta generación) ha hecho sobre la división en lotes representa el afianzamiento de esta figura que queda dotada de un marco regulatorio amplio aportando seguridad jurídica a su utilización por parte de los poderes adjudicadores”.

Respecto del resto de Directivas que conforman la cuarta generación, la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en su artículo 65, aunque menos ambiciosa en esta materia, también establece la posibilidad de establecer lotes y de limitar tanto la adjudicación como la adjudicación de uno o varios lotes para una misma empresa. La Directiva reguladora del contrato de concesión no supone ningún cambio concreto.

Las disposiciones de una directiva que resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares pueden invocarlas frente al Estado, tanto cuando éste se abstiene de adaptar el derecho interno a la directiva dentro de plazo, como cuando hace una adaptación incorrecta (Sentencia TJUE Beentjes, 31/87)¹¹

El efecto directo de la Directiva 2014/24/UE, desde el 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición, ha sido analizado en el estudio realizado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, aprobado el 1 de marzo de 2016 en Madrid: “Las

–Velar por que se respeten los plazos de pago

9 Bruselas, 27.1.2011, COM(2011) 15 final, entre otras referencias: “Se podría lograr también una competencia eficiente dividiendo los contratos en lotes, añadiendo tal vez que solo un número máximo de lotes pueda adjudicarse a un mismo licitador” (pág.33).

10 MUÑOZ ZAPATA, DAVID, *Op. Cit.*

11 Ver MORENO MOLINA, JOSE ANTONIO, “La decisiva influencia del derecho comunitario en la Ley 30/2007, de contratos del sector público”, en el libro “Estudios sobre la Ley de contratos del sector público”, coordinado por Jesús Colas Tenas y Manuel Medina Guerrero, ed. por Fundación Democracia y Gobierno Local e Institución Fernando el Católico, 2009, pags.11-36.

Ver también, GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La Directiva de concesiones”, en www.obcp.es

directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”. En referencia al artículo 46, se establece que los apartados 1 y 2, referidos el primero a la necesidad de justificar expresamente la no división en lotes, y relativo el segundo a la posibilidad de limitar el número de lotes a los que se puede licitar y el número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicatario un licitador, tienen efecto directo. Respecto del apartado 3, sobre ofertas integradoras, precisaría, en principio, de un acto de transposición porque se trata de una opción para los Estados miembros; sin embargo, esta posibilidad ya viene siendo utilizada al amparo del artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones. Por último, respecto del apartado 4, sobre la posibilidad de que los Estados miembros hagan obligatoria la adjudicación por lotes separados, precisa de transposición y carece de efecto directo.

También se han pronunciado en ese sentido, la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón ¹², y la JCCA de la Generalitat de Catalunya¹³, si bien ésta última ya había manifestado respecto de los apartados 1 y 2 del artículo 46, que eran plenamente aplicables, incluso antes de finalizar su plazo de transposición.

Así pues, desde el 18 de mayo de 2016, se aplica directamente la Directiva 24 y, por lo tanto, la regla general es la división del contrato en lotes, pudiendo limitar los lotes a los que se podrá presentar el licitador o, a los que podrá resultar adjudicatario.

3. ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO CUANDO SE ESTABLEZCAN LOTES

Una de las finalidades más importantes de la diversificación en lotes del objeto contractual, es la de reducir los requisitos de solvencia para conseguir que haya una mayor concurrencia en la licitación, por ello, el art. 58.3 de la Directiva 24 dispone que la solvencia se

¹² Informe 17/2015, de 3 de diciembre.

¹³ Informe 1/2016, de 6 de abril, en el que se dispone: “Esta Junta Consultiva ya había tratado la cuestión de la aplicación directa de la Directiva 2014/24/UE en el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, si bien específicamente en relación con la aplicabilidad de sus previsiones con incidencia en materia de pymes. En este Informe se señaló, en resumidas cuentas, que determinadas previsiones recogidas en la Directiva 2014/24/CE –haciendo referencia, concretamente, a la división en lotes del objeto de los contratos y a las contrataciones conjuntas, dado el objeto del Informe– eran plenamente aplicables, incluso antes de finalizar su plazo de transposición, ya que no contravienen el régimen jurídico en materia de contratación pública comunitario e interno, y constituyen una mención expresa en la normativa comunitaria de posibilidades ya operativas, por no implicar nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente la incorporación técnica en el corpus normativo, o constituir aclaraciones o precisiones del régimen ya vigente...”.

aplicará en relación con cada uno de los lotes, si bien, permite al órgano de contratación exigir un determinado volumen de negocios por referencia a grupos de lotes, en el caso de que al adjudicatario le correspondan varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo.

En este sentido, la JCCA Valencia, en su informe 4/2013 indica que “En conclusión, de conformidad con lo establecido en el TRLCSP y en el RGLCAP puede contratarse en un único procedimiento de licitación una pluralidad de prestaciones de diferentes características, definiendo cada una de ellas con independencia de las demás, mediante su división en lotes susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y de forma que las empresas interesadas, en función de sus condiciones específicas de aptitud y solvencia, puedan presentar sus proposiciones a uno, a varios o a la totalidad de los lotes”.

También podemos mencionar el Acuerdo nº 61/2013, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (en adelante TARC) de la Comunidad de Madrid, que desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de exclusión de un licitador en el acuerdo marco tramitado para la contratación del suministro de diversos productos sanitarios, en el que se admitía la posibilidad de licitar a uno o varios lotes y la solvencia que se había de acreditar era la cifra exigible correspondiente al lote que se licitara o por la suma resultante del importe de los lotes a los que se ofertaba. La Mesa de contratación, considerado insuficiente el volumen de negocio declarado para la licitación a todos los lotes a los que presentaba oferta, pero suficiente para licitar a algunos de ellos, concedió un plazo para optar por alguno de los lotes; en el plazo concedido no se ejercitó por la empresa la posibilidad de elección sino que se aportó una documentación nueva, que no coincidirá con el criterio de selección elegido por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas.

La división en lotes permite que cada uno de los lotes pueda ser adjudicado a un licitador distinto, o bien varios o todos al mismo licitador, constituyendo, por tanto, cada lote un contrato independiente.

Como indica la JCCA de la Comunidad de Madrid, en su informe 3/2014, de 10 de julio, las garantías se exigirán individualmente para cada lote, si bien, en el caso de ser adjudicados varios de ellos a un mismo licitador, podrán formalizarse en un mismo documento, a efectos de economía procedimental, pero teniendo en cuenta que constituyen negocios jurídicos independientes.

Indica la citada Junta que siendo que cada lote constituye un contrato independiente, si las ofertas presentadas por un licitador a uno o varios lotes de un contrato han de ser, en su caso,

excluidas, ello no presupone la exclusión de las proposiciones presentadas por el mismo licitador a otro u otros lotes del mismo contrato, que puedan estar correctamente formuladas, puesto que constituyen proposiciones y contratos independientes.

En este mismo sentido se ha pronunciado la JCCA de Canarias, en su Informe 5/2005, en el que dispone que “las incidencias que puedan surgir en el procedimiento de adjudicación respecto a la proposición relativa a uno de los lotes, que sólo afecten a dicha proposición, no han de incidir en el contenido y validez de las proposiciones formuladas respecto a los restantes lotes a los que se licita”.

También, la JCCA de Madrid, en su informe 3/2014, establece que en la licitación de un contrato dividido en lotes, el rechazo de la proposición de una empresa a uno o varios de los lotes, por haber presentado variantes no autorizadas, no supone que hayan de ser rechazadas todas las proposiciones presentadas por la misma empresa al resto de los lotes.

Por último, siendo que la división en lotes supone la adjudicación de distintos contratos, la impugnación de uno o varios de ellos, no debe afectar a los demás (Resolución del TACRC 64/2013).

III. DISCRECIONALIDAD DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN:

1. PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En la configuración de los lotes, los órganos de contratación deben respetar los principios básicos de la contratación pública recogidos en el artículo 1 TRLCSP, entre ellos, el principio de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos¹⁴.

El órgano de contratación debe ponderar el principio de eficiencia que supone obtener un resultado al menor coste posible y que sugiere la utilización de las técnicas de racionalización de la contratación pública y la agregación de la demanda para obtener economías de escala (acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación o centrales de compras), con el principio de

14 Una característica básica de estos principios es su transversalidad, es decir, se aplican a todas las fases contractuales, preparación, adjudicación, efectos y extinción; igualmente, los principios se deben aplicar no solo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas, sino a todos los contratos que se celebren por los órganos de contratación que se encuentran sujetos a las Directivas, y ello, porque es una exigencia de los distintos Tratados de la Unión Europea. Así lo declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, en la Sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto Parquing Brixen GMBH.

conurrencia que se encuentra íntimamente relacionado con el de publicidad y permite garantizar la libre competencia, permitiendo la valoración del mayor número de ofertas posibles.

Tal y como indica el TACRC en la resolución nº 218/2016, sobre el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, “es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios -eficacia y eficiencia en la contratación pública y más concretamente, los aspectos (...) de una parte de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte-, lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes”.

Respecto de la relación entre los citados principios, la Directiva 24, en el Considerando 59, advierte que la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo, evitar la colusión y proteger la transparencia, la competencia y las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

En este sentido, cabe recordar que el TARC de Aragón, mediante resolución nº 29/2011, consideró que un acuerdo marco era restrictivo de la competencia, concretamente el de servicios postales para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus Organismos Autónomos y demás entes públicos autonómicos y locales adheridos. El Tribunal declaró la invalidez del acuerdo puesto que al ser celebrado el contrato con único proveedor y al tener un ámbito subjetivo excesivamente amplio, la consecuencia era el cierre del mercado público de los servicios postales en Aragón durante cuatro años.

Para prevenir los riesgos de colusión, resultan de interés las pautas dadas por la Comisión Nacional de la Competencia, en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia; la primera pauta es que el número de lotes no sea similar al número estimado de participantes, evitándose en todo caso que todos los lotes sean del mismo tamaño; la segunda norma, es que se debe considerar la posibilidad de adicionar contratos con otros organismos adjudicadores, lo puede reducir la previsibilidad de las licitaciones y así dificultar su reparto por parte de las empresas.

2. LA DISCRECIONALIDAD DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

Respecto de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. Así lo ha reiterado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en las resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012 o 227/2012, entre otras.

Así, en la Resolución nº 214/2013, que analiza un supuesto en el que se debate la conveniencia de realizar otra distribución por lotes de los productos a suministrar (vacunas inactivadas preparadas en cultivos celulares), el TACRC señala que “este Tribunal ha manifestado reiteradamente su respeto a la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes del contrato de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, por lo que no se han acogido pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo pretendido por el recurrente, pues ello sería contrario a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86.”

El principio de discrecionalidad técnica, supone que el Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias (resoluciones del TACRC nº 188/2014, 176/2011, 189/2012, entre otras). En este sentido, la resolución nº 159/2012, señalaba que para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar "un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos (resolución de este Tribunal núm. 93/2012)". Se indica que el Tribunal debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, no se haya incurrido en error material al efectuarla, por lo que se deben respetar los resultados de la valoración efectuada.

Lo que es evidente es que el órgano de contratación debe motivar la configuración del objeto del contrato, como indicó el TACRC en la Resolución nº 227/2012, en la que se estima parcialmente el recurso interpuesto y se compele al órgano de contratación a que “tras el oportuno examen de las necesidades a satisfacer y de la situación actual del mercado en el sector postal dada la forma elegida de plantear el contrato, explicitar en el expediente las razones que hacen necesario o aconsejan, ya sea la prestación del servicio de forma integral sin necesidad de su división en lotes, o bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 del TRLCSP, la división del mismo en los lotes que estime convenientes”.

En alguna ocasión, los Tribunales han estimado el recurso sobre la división en lotes efectuada por el órgano de contratación, por ejemplo, el TARC de la Comunidad de Madrid, en su

resolución nº 104/2015, respecto de un contrato para el suministro del material necesario para la extracción de sangre, muestras de orina y su trazabilidad, dividido en cuatro lotes, y cuyo valor estimado ascendía a 1.996.214,88 euros. Dispone el Tribunal respecto del lote 1: “En el expediente que nos ocupa consta que el órgano de contratación ha considerado necesario, por razones organizativas y de homogeneidad agrupar los productos descritos en un único lote. Sin embargo, no es esta una razón o motivación suficiente, pues se está obligando a las empresas a licitar por la totalidad de los 18 productos y se constata que hay al menos dos, los números 9 y 18, que no los pueden aportar la mayoría de las empresas y que presentan una especialidad que hace que sean para “usos muy puntuales”, como reconoce el Jefe de Servicio de Análisis Clínicos en su informe, y que motiva su adquisición en cantidades sensiblemente inferiores al resto de productos del lote”. También aduce el Tribunal, que la licitación separada de los dos productos señalados, permite una mayor concurrencia de licitadores que puede redundar en mejores condiciones económicas, lo cual supone una ventaja considerable para el Hospital; por ello, estima el recurso, anulando los pliegos impugnados, respecto del lote 1, disponiendo que deberá licitarse nuevamente, incluyendo los productos con números de orden 9 y 18 en lotes separados.

La Directiva 24 alude al principio de discrecionalidad técnica en el Considerando 78, cuando afirma que “el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”. No se entiende muy bien el fundamento del mismo, puesto que como hemos visto, sí que hay una posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia.

Conviene apuntar que la Directiva 24, en el artículo 5.2, introduce una consideración importante, al exigir que cuando un poder adjudicador esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas ellas, salvo que se trate de una unidad funcional separada que sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación¹⁵, consideración que se deberá transponer a nuestra legislación.

15 Al respecto, el Considerando 20 de la Directiva 24 indica que “Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada”.

3. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN RELACIÓN CON LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES

La doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, habida hasta ahora, en relación con la impugnación por la ausencia de lotes o por su determinación incorrecta a criterio del licitador recurrente, siempre parte de lo establecido en el artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente y entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurren. Dice el TACRC en su Resolución nº 218/2016 que “en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una excepción a la regla general que constituye el que puede denominarse sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes”.

Por ejemplo, el TACRC, en la resolución nº 212/2013, sobre un recurso por la no división del contrato de mediación de seguros, señala que “Esta intención de racionalizar y unificar la contratación con vistas a reducir el gasto público en materia de seguros constituye una finalidad de interés general que justifica suficientemente, a juicio del Tribunal, la decisión discrecional del órgano de contratación de licitar un único contrato de mediación de seguros sin acordar en él la división en lotes pues “la integración de todas las prestaciones de servicios en el contrato tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y, a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, en línea con el artículo 1 de la LCSP” (actual TRLCSP), siendo así que “todo ello forma parte de la libre voluntad del órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación” (Resolución nº 188/2011).

La doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, ha fijado que para elegir entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo

si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes (entre otras, resolución nº 247/2012 TACRC).

En otra Resolución del TACRC, la nº 149/2012, se analiza el recurso presentado contra el pliego de cláusulas administrativas del contrato para la “Fabricación y distribución mediante el sistema personalizado vía Internet y entregas por el sistema tradicional bien de pedidos extraordinarios del Ejército o bien pedidos de Módulos textiles y de calzado del equipo básico, de los artículos definidos en el documento anexo a los pliegos”, siendo el valor estimado del contrato de 190.677.966,10 euros. Una de las causas de recurso es la necesidad de dividir el contrato en lotes, alegando la recurrente que la gran cantidad de artículos que abarca la licitación hace que no exista ninguna empresa pequeña o mediana que pueda aportar todos los productos objeto del contrato. El Tribunal, desestima las alegaciones indicando, en el fundamento de derecho undécimo, que en el expediente consta el informe justificativo de la necesidad e idoneidad del contrato, en el que se “exponen motivos que justifican la licitación en un solo lote, como pueden ser los de garantizar la continuidad del suministro y estabilidad del servicio unido al horro de costes, así como una mejor gestión de los stock, y el que el propio adjudicatario del contrato pueda realizar una amortización razonable de los medios implantados con el objeto de que la prestación del objeto del contrato le sea rentable. Todo ello forma parte de la libre voluntad del órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación, con diversidad de artículos, intrínsecamente relacionados, sin perjuicio de que además puedan existir elementos de practicidad, como puede ser, entre los citados por el órgano de contratación, un único interlocutor y un mejor seguimiento, control y coordinación del expediente por parte del órgano de contratación. A estos efectos interesa destacar que, la integración de todos los artículos a suministrar recogidos en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución del suministro y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, en línea con el artículo 1 del TRLCSP antes transcrito, constituyendo las diversos artículos que forman parte del objeto del contrato, materia de la misma naturaleza...”.

Como vemos, la doctrina examinada partía de un marco jurídico muy distinto al actual, el artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad del órgano de contratación, cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente porque supone una excepción a la regla general de unidad del objeto de contrato. La situación ahora es distinta y diferente, por tanto, ha de ser el planteamiento y resultado de la impugnación que se puedan

realizar de los pliegos, por lo que los recursos formulados en la mayoría de los casos, en el marco actual deberían tener un resultado distinto, siempre que estemos hablando de contratos de una cuantía elevada.

Por ejemplo, respecto de la última resolución citada nº 148/2012, en mi opinión, actualmente sería insuficiente la justificación amplia de que con la unidad de contrato se garantiza la continuidad del suministro y estabilidad del servicio, el ahorro de costes, mejor gestión de los stock, sin un mayor razonamiento y evaluación de costes. Y considero inadmisibles el elemento de practicidad por el hecho de tratar con un único interlocutor, a no ser que se determine por el órgano de contratación un perjuicio concreto. Y ello, porque ahora partimos de que la regla general es la de dividir el contrato en lotes para favorecer el acercamiento de las pymes a las licitaciones, y la exclusión de dicha regla debe estar suficientemente justificada.

El considerando 78 de la Directiva 24¹⁶, indica, a modo de ejemplo, algunas razones que pueden justificar la decisión de no dividir el contrato en lotes:

- cuando pueda suponer un riesgo de restringir la competencia,
- cuando la ejecución del contrato pueda resultar excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico,
- o cuando la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

Pienso que los tribunales deben rechazar cualquier justificación genérica en el caso de que no se haya optado por establecer lotes; no basta con indicar “la ejecución del contrato puede resultar excesivamente onerosa”, sino que deberá motivarse el porqué ocasiona un mayor gasto, cuales son las partidas que se incrementan y si ese incremento es relevante.

Es difícil pensar en un supuesto en el que la división en lotes pueda restringir la competencia, puesto que lo normal será el caso contrario.

16 En este sentido, el borrador de Anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 17 de abril de 2015, que no sabemos si llegará a ver la luz, dispone en el artículo 99.3: “En todo caso se entenderá que son motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros que el órgano de contratación estime oportunos, los siguientes:

a) El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia. El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran 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.

Respecto de la afirmación de que la coordinación de los diferentes contratistas puede suponer un riesgo para la ejecución del contrato, es evidente que para un técnico es más fácil supervisar la ejecución del contrato teniendo como interlocutor a una única empresa, por ello, habría que justificar los motivos “graves” que concurren, los prejuicios concretos que produce, para no aplicar la regla general de no división del contrato.

En cualquier caso, en virtud del principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación para configurar el objeto del contrato, podemos encontrarnos en un futuro con que un mismo contrato (servicio de limpieza, vigilancia de inmuebles, mantenimiento de estaciones depuradoras, etc.) en las distintas administraciones públicas, incluso en administraciones locales de tamaño similar, se esté licitando con carácter integral o con lotes, dependiendo del criterio técnico y de la suficiencia de la justificación que se haya utilizado en la determinación del objeto del contrato.

IV.- LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE LOTES A LOS QUE UN OPERADOR ECONÓMICO PUEDE LICITAR O SER ADJUDICATARIO:

1. LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE LOTES

Sobre la posibilidad de que los contratistas puedan únicamente licitar o resultar adjudicatarios de un único lote o de varios, la Abogacía General del Estado (AGE), mediante Dictamen nº 69/2006, de 28 de julio, se pronunció en el sentido de que se podía limitar la posibilidad de licitar a uno o varios lotes al amparo del artículo 67 del Reglamento General de Contratación de las Administraciones Públicas (RGCAP), si así se indicaba en los pliegos y en el correspondiente anuncio de licitación, de forma que todos los empresarios interesados pudieran conocer, desde el principio, la existencia de dichas limitaciones y presentar un máximo de propuestas ajustado a lo dispuesto en los pliegos. Sin embargo, la AGE consideró que el establecimiento de requisitos o condiciones que impidan a los empresarios admitidos a la licitación resultar adjudicatarios de más de un lote, implicaría desechar proposiciones válidamente presentadas y admitidas a licitación (que ya han acreditado cumplir los requisitos exigidos en materia de capacidad de obrar, solvencia económica, financiera y técnica o profesional), lo que no viene amparado en la normativa de contratación y supone una restricción a los principios generales de la contratación legalmente previstos, concluyendo que dicha posibilidad no resulta admisible.

Se dispone en el citado dictamen “En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 del RGCAP, la Administración o entidad contratante podrá limitar la posibilidad de licitar a uno o varios lotes, pero cuando admita la licitación respecto a varios lotes o a todos ellos, la adjudicación de los mismos deberá producirse a favor de aquellos empresarios que, admitidos a licitación, presenten la oferta más ventajosa de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en los pliegos, pudiendo en tal caso (admisión de la licitación respecto a varios lotes) producirse el resultado de que sean adjudicados varios lotes al mismo empresario”.

Esta doctrina es superada por la Directiva 24, al disponer en el art. 46, que los poderes adjudicadores podrán decidir el tamaño y el objeto de los lotes y precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes, así como los criterios objetivos y no discriminatorios a aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado.

Así pues, tras la aplicación directa de la Directiva 24, es posible limitar la adjudicación de varios lotes a aquellos licitadores ya admitidos en el procedimiento. En este sentido, la Secretaría técnica de la JCCA de la Generalitat de Cataluña, entendía que dicha limitación ya era posible anteriormente. En la Nota informativa 2/2014, indicó que las previsiones de la Directiva 24, “no hacen sino confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad a derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad...”, entendiéndose que la posibilidad de dividir el contrato en lotes y la de limitar el número de lotes de los que las empresas podían resultar adjudicatarias, eran operativas antes de la fecha de finalización del plazo de transposición de la Directiva 24, y ello, porque no contravenían el régimen jurídico vigente.

La JCCA de la Generalitat de Cataluña, en la citada Nota informativa 2/2014, establece una serie de aspectos o criterios a tener en cuenta para adjudicar los lotes, en el caso de que las ofertas presentadas por una misma empresa licitadora sean las mejor puntuadas en un número de lotes superior al máximo permitido y que aquellos deberán figurar en los pliegos o documentos que rijan las licitaciones. Por su gran interés, se extractan dichos criterios:

-Con el objetivo de adjudicar cada uno de los lotes a la mejor oferta posible, se podrá establecer que la empresa sea adjudicataria de los lotes en que ha obtenido mejor puntuación en relación con la obtenida por el resto de ofertas presentadas.

-Con la finalidad de que no queden lotes desiertos, se podrá fijar que la empresa resultará adjudicataria, en todo caso, de los lotes en que su oferta sea la única aceptable.

-Para conseguir la viabilidad económica del contrato, se puede prever la obligatoriedad de que las empresas licitadoras presenten oferta para diversos lotes, juntando aquellos que sean los más y los menos rentables vistas las características o dimensiones del ámbito geográfico que abarcan, así como que la adjudicación de estos lotes recaiga sobre la mejor oferta globalmente considerada, es decir, del conjunto de estos lotes.

-Con el objetivo de mantener la viabilidad técnica de la ejecución del contrato, al igual que en el supuesto anterior, se podrá prever tanto la obligación de las empresas licitadoras de presentar oferta en todos los lotes en los que existan motivos de incompatibilidad o de dificultad técnica de uso o de mantenimiento, así como la adjudicación de éstos a la empresa adjudicataria que presente la mejor oferta globalmente considerada, es decir, del conjunto de estos lotes.

-También podrá atenderse a la preferencia manifestada por las empresas licitadoras en sus ofertas.

-En el caso de la empresa que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa no resulte adjudicataria como consecuencia de la limitación del número de lotes de los que pueda resultar adjudicataria, podrá preverse las consecuencias en relación con la valoración del resto de ofertas presentadas para aquel lote y/o con su determinación de incursión en presunción de temeridad. O también, se podrá determinar posibles modificaciones en la clasificación de las ofertas de cada lote derivadas de aquella limitación.

2. COMBINACIÓN DE LOTES

El artículo 46.3 de la Directiva 24, permite a los Estados miembros establecer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes, siempre que dicha posibilidad se haya contemplado en el anuncio de licitación o en la invitación y se hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse.

La justificación de la posibilidad de combinar lotes viene reflejada en el Considerando 79, se trata de poder evitar la adjudicación del contrato lote por lote, cuando ello suponga tener que aceptar soluciones bastante menos ventajosas respecto de una adjudicación que reúna varios o todos los lotes. Será requisito previo para utilizar la técnica de la combinación de lotes, que se haya indicado claramente en el anuncio de licitación o en la invitación ésta posibilidad, lo que

permitirá que los poderes adjudicadores puedan efectuar una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas para una combinación de lotes, cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos, que las ofertas realizadas para los lotes separados, consideradas aisladamente y, en ese caso, poder adjudicar el contrato con la combinación los lotes. Para realizar dicha evaluación comparativa primero hay que determinar qué ofertas cumplen mejor los criterios de adjudicación establecidos con respecto a cada lote separado y después, comparar el resultado con las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación específica de lotes considerados en su conjunto.

El concepto de oferta integradora no aparece en la normativa contractual¹⁷, pero sí viene mencionado en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación, donde figura la posibilidad de establecer lotes separados para aquellos servicios que por sus características lo permitan, así como la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados.

El concepto y requisitos para la admisión de una oferta integradora ha sido objeto de estudio por parte de la JCCA de Aragón, en su Informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, donde la define como “aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados -según se establezca en el pliego- de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo”.

Respecto de la naturaleza jurídica de la oferta integradora, indica la Junta Consultiva citada, que tiene mucho en común con los conceptos de variante y mejora, que constituyen una excepción a la imposibilidad de presentación de proposiciones simultáneas por el mismo licitador (art. 147 TRLCSP), si bien, el concepto de “oferta integradora” no coincide con el de variante al no suponer una solución técnica alternativa, ni con el concepto de mejora, al no incorporar prestaciones adicionales a una oferta base. En realidad se trata de una reformulación de la proposición económica, que posibilita una revalorización de la oferta aplicando los criterios de valoración, que han de ser idénticos a los que se apliquen a las ofertas individualmente consideradas, para poder realizar una comparación objetiva. También se dice que es posible contemplar la oferta integradora en la licitación de otros contratos distintos al de servicios de telecomunicaciones, en los términos del artículo 147 TRLCSP.

17 Sí que se hace alusión a la oferta integradora en art. 99.7 del borrador de Anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 17 de abril de 2015.

La JCCA de Aragón, enumera los requisitos exigidos por la ley para la presentación de la oferta integradora, que derivan de la aplicación del principio de igualdad de trato a los licitadores. Por su interés, se extractan a continuación:

-que se autorice su presentación por el órgano de contratación, previa justificación en el expediente de la idoneidad y ventajas que conlleva para el interés público;

-que estén previstas expresamente en el pliego y en los anuncios, detallando con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación;

-que se utilicen varios criterios de adjudicación (tal y como exige el artículo 147 TRLCSP para la presentación de variantes o mejoras);

-que los requisitos técnicos exigidos en los pliegos para cada lote sean de obligado cumplimiento por las ofertas integradoras;

-que su presentación sea siempre potestativa para los licitadores, para no vulnerar el principio de defensa de la competencia, que quiere preservarse mediante la división en lotes del objeto del contrato;

-que el licitador que presente una oferta integradora, presente necesariamente una oferta individual válida a cada uno de los lotes que integren aquella¹⁸;

-que cada licitador solo pueda presentar una oferta integradora;

-que los criterios de adjudicación que se apliquen sean idénticos para valorar los lotes individualmente considerados y los lotes integrados en la oferta conjunta;

-que se identifique en el pliego sobre qué criterios se permite la presentación de una oferta integradora;

-que el pliego contenga la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa, de modo que se posibilite la comparación objetiva;

-que para que el contrato se adjudique a una oferta integradora, su valoración sea más ventajosa que la suma ponderada de las mejores ofertas individualmente consideradas y, en todo

18 En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 817/2014, señala que no es posible concurrir a la licitación “sin formular oferta separadamente para cada uno de los lotes individualizados porque tal circunstancia impide con claridad conocer el contenido de la oferta, e impide, asimismo, la comparación con el resto de licitadores y, por ende, la selección de la oferta más ventajosa. Hay que entender, por tanto, continúa el informe, que la oferta general o integradora debe permitir la presentación de una oferta simultánea a varios o a todos los lotes licitados de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo”.

caso, deberá igualar o mejorar individualmente la puntuación obtenida en cada uno de los lotes integrados a la obtenida por la oferta individual presentada por el mismo licitador.

La posibilidad de formular ofertas integradoras también ha sido reconocida por el TRCRC, así, en su informe 817/2014, como ya hizo en su resolución 155/2013, señala dicha posibilidad en aquellos contratos divididos por lotes puesto que no lo prohíbe ni el artículo 86 del TRLCSP, ni el 67 del RGLCAP y señala que “tal posibilidad, en todo caso, queda condicionada a lo que se pueda indicar en los pliegos al respecto, y, en caso de duda u oscuridad, al hecho de que pueda resultar comparable la oferta integradora con el resto de las presentadas a efectos de su Ponderación”.

V. LA GESTIÓN INTEGRAL DE SERVICIOS

El artículo 25 TRLCSP establece que solo podrán fusionarse prestaciones que se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad, que exijan su consideración como una unidad funcional.

En sentido estricto, el contrato cuyo objeto comprende el propio de varios contratos de servicios, no es en puridad un contrato mixto. Ahora bien, ello no puede significar que la posibilidad de fusionar prestaciones de varios contratos pertenecientes a un mismo tipo contractual esté exenta de los límites que establece el artículo 25.2 del TRLCSP para los contratos mixtos.

Veamos distintos pronunciamientos de los TARC en relación con la gestión integral de servicios, en los que se considera que no es posible fusionar las prestaciones que se pretenden:

- El acuerdo 262/2014, respecto del “Servicio de Gestión Integral de Espacios del Complejo Hospitalario Universitario de Orense” con un valor estimado de 225.348.565,05, declara la nulidad del pliego de cláusulas administrativas que abarcaba los siguientes servicios: mantenimiento, limpieza, desinsectación y desratización, seguridad y vigilancia, y suministro energético prestacional porque las prestaciones contenidas en este contrato no son prestaciones vinculadas materialmente entre sí ni existe respecto de ellas una relación de complementariedad que las configure como una unidad funcional, con la clara restricción al principio de concurrencia que ello supondría¹⁹.

19 En esta resolución, cita la nº 346/2013, en la que, en relación con la correcta interpretación del artículo 25.2 del TRLCSP, se indicó lo siguiente: “No basta, a estos efectos, el que el órgano de contratación haya sostenido la existencia de vínculos y de relaciones de complementariedad y funcionales sobre la base de la posible existencia de sinergias entre todas ellas. Este Tribunal no considera necesario siquiera

-El acuerdo nº 243/2014, del TARC de la Junta de Andalucía, respecto del contrato para la gestión integral por un solo empresario de los servicios complementarios de los siete hospitales de la Agencia Pública Sanitaria, de modo que se aglutinan en un solo contrato, todas las prestaciones ajenas a la atención sanitaria, a saber, la vigilancia y seguridad, centralita, información y atención al público, lavandería, costura y reposición de ropa, mantenimiento integral de instalaciones, limpieza hospitalaria, jardinería y desratización, desinsectación y desinfección. El Tribunal no ve que haya una justificación racional ni suficiente para su acumulación en un solo contrato, porque falta la afinidad objetiva y además, no se acomoda a las orientaciones de la normativa y jurisprudencia comunitarias, cada vez más sensibles al mayor acceso de las pymes a la contratación pública.

Sin embargo, en otras ocasiones, el Tribunal ha optado por admitir la fusión de varias prestaciones en un macro-contrato:

-El acuerdo 520/2014, del TARC de les Illes Balears, sobre el "Servicio público para la recogida de residuos sólidos urbanos y selectiva y para la limpieza viaria y de las playas del municipio de Eivissa", citando la resolución nº 149/2014, estima que la recogida de residuos sólidos urbanos y la limpieza viaria tienen para el Ayuntamiento una conexión material patente, que no se limita a ser meramente subjetiva. "Es cierto que pueden existir algunos elementos diferenciadores entre ambas prestaciones, pero ello es lógico porque, de lo contrario, las prestaciones tendrían que ser idénticas para poder fusionarse en un contrato mixto. Evidentemente es posible fusionar prestaciones diferentes, siempre que exista una conexión material como ocurre en el presente caso."

-El acuerdo nº 149/2014, del TARC de Castilla la Mancha, ve claro que la recogida de residuos sólidos urbanos y la limpieza viaria tienen para el Ayuntamiento una conexión material patente, que no se limita a ser meramente subjetiva.

Creo que también esta fusión de contratos debe ser reinterpretada a la luz de la Directiva 24. Si se fomenta la división de los grandes contratos en lotes, de forma que la cuantía de cada contrato se ajuste mejor a la capacidad de las PYME, o de manera que los lotes se correspondan con los diferentes gremios implicados de las PYME, con mayor motivo habrá que ser más restrictivo con la admisión de la acumulación de prestaciones en un único contrato, exigiendo una

determinar si es el órgano de contratación o los recurrentes quienes tienen razón acerca de si realmente existen o no sinergias respecto de las distintas prestaciones que puedan constituir el contrato. Entendemos que no es necesario porque las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad".

justificación técnica que vaya mucho más allá que la relación material existente entre las prestaciones, debiendo prevalecer el mayor acceso de las pymes a la contratación pública.

VI. CONCLUSIONES

La aplicación de la vigente Directiva sobre contratación pública pretende adaptar la contratación pública a las circunstancias de las pymes, fomentando la división de los grandes contratos en lotes, tanto de forma cuantitativa como cualitativa, reduciendo así la solvencia a justificar y la complejidad técnica que asume la empresa.

Desde el día 18 de abril, nos encontramos ante un escenario jurídico muy distinto al anterior, ahora, al contrario de lo que dispone la legislación española, la regla general es la dividir el contrato en lotes y habrá que justificar los motivos de no hacerlo. La configuración del objeto del contrato dependerá de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, pero la fiscalización de tribunales administrativos y judiciales ha de tener un papel fundamental, puesto que sin sustituir la valoración técnica, debe entrar a valorar la falta de motivación o insuficiencia de la misma, la arbitrariedad o discriminación, la existencia de error material o la restricción de la competencia, de aquellas razones aducidas por el órgano de contratación para no dividir el contrato en lotes.

En este sentido, creo que los tribunales deben rechazar cualquier justificación genérica en el caso de que no se haya optado por establecer lotes, y exigir un detalle técnico y/o económico del contrato en concreto que justifique tal decisión. Y ello, sin perjuicio de poder establecer ofertas integradoras de varios lotes, que permitan a los poderes adjudicadores hacer una evaluación comparativa de aquellas con las ofertas individuales.

En aplicación del principio de concurrencia y de la voluntad del legislador comunitario de favorecer la participación de las pymes en los contratos públicos, la posibilidad de acumular prestaciones en un único contrato, debe ser aplicada de forma muy restrictiva, y ampliamente justificada.

Bibliografía:

- AGUDO GONZALEZ, JORGE, “El fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de Ley”, en la Revista de Estudios Locales “Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local”, Coordinado por Jesús Colás Tenas y Silvia Díez Sastre, nº 161, págs. 147-181.
- BATET JIMENEZ, MARIA PILAR, “Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos” en www.obcp.es
- BLANCO LÓPEZ, FRANCISCO, “División del objeto contractual en lotes. Delimitación de los lotes a los que se puede licitar y de los que se puede resultar adjudicatario. Medidas a favor de las PYME”, en www.obcp.es
- GALLEGO CORCOLES, ISABEL, “Contratación del Sector Público Local,”, 3ª ed., Libro colectivo coordinado por Castro Abella, F., Wolers Kluwer España, S.A., 2013, págs. 576 y ss.
- GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La Directiva de concesiones”, en www.obcp.es
- MORENO MOLINA, JOSE ANTONIO, “La decisiva influencia del derecho comunitario en la Ley 30/2007, de contratos del sector público”, en el libro “Estudios sobre la Ley de contratos del sector público”, coordinado por Jesús Colas Tenas y Manuel Medina Guerrero, ed. Fundación Democracia y Gobierno Local e Institución Fernando el Católico, 2009, pags.11-36.
- MUÑOZ ZAPATA, DAVID, “La división del contrato en lotes tras la aprobación de la cuarta generación de Directivas”, en la Revista: “Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas”, nº 136, 2015, págs. 42-63.