

Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato

Javier Vázquez Garranzo

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Abogado de la CAIB

RESUMEN

El presente trabajo trata de abordar dos cuestiones relacionadas con el objeto del contrato: su fraccionamiento para eludir la aplicación de ciertas normas, y la división en lotes para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos.

PALABRAS CLAVE: contrato, objeto, fraccionamiento, división, lotes.

ABSTRACT

This article intends to expose two issues related to the object of a public contract: the fractionation not allowed of the object of the contract to avoid certain rules, and the division into lots of the object of the contract to favor participation of small and medium companies.

KEYWORDS: contract, object, splitting, division, batches.

ÍNDICE

1. **Introducción: el objeto del contrato.** 1.1. Concepto y caracteres. 1.2. No alteración del objeto del contrato: justificación y órgano responsable. 1.3. Clases de fraccionamiento.—2. **Fraccionamiento irregular.** 2.1. Introducción. 2.2. Evolución normativa y delimitación. 2.3. Las posibles consecuencias penales.—3. **Fraccionamiento regular o permitido: división en lotes.** 3.1. La regla tradicional: no división en lotes. 3.2. Nueva regla general: división en lotes. 3.3. La

decisión de dividir o no en lotes: naturaleza jurídica y motivos que justifican la no división en lotes. 3.4. Limitaciones a la división en lotes. 3.5.- Posibilidad de adjudicación de más de un lote: oferta integradora. 3.6. Cada lote, un contrato.—4. **A modo de conclusión y reflexión final.**

1. INTRODUCCIÓN: EL OBJETO DEL CONTRATO

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), respecto al objeto del contrato establece, entre otras, dos reglas claras —en su enunciado, pero no en su aplicación práctica— que pretendemos analizar, dada la evidente conexión entre las mismas. Por un lado, que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Por otro, que siempre 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.

Precisamente, una de las principales novedades de la Ley 9/2017 es el cambio en la regulación sobre la división en lotes del objeto del contrato. Al respecto, el preámbulo de la ley se refiere a ciertas medidas de apoyo a las PYMES entre las cuales destaca que «se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas);....».

1.1. Concepto y caracteres

La correcta determinación o definición del objeto del contrato permite asegurar la existencia de una causa real, una necesidad a cubrir, en la contratación pública, y comprobar la correspondencia entre la necesidad puesta de manifiesto y el objeto del contrato que pretende cubrir la misma.

La importancia del objeto del contrato es tal, que determina que los contratos típicos de la LCSP se definan por el mismo. De

este modo, los contratos de obras. tienen por objeto la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I de la LCSP; o la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra (art. 13); la concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (art. 14); el contrato de concesión de servicios tiene por objeto la encomienda a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, de la gestión de un servicio cuya prestación sea de titularidad o competencia del poder adjudicador encomendante, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio (art. 15); los contratos de suministro tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles (art. 16); los contratos de servicios tienen por objeto prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario (art. 17); y, finalmente, es un contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase (art. 18).

Obviamente, para el análisis del fraccionamiento del contrato o su división en lotes, resulta imprescindible, previamente, señalar que el objeto del contrato, regulado fundamentalmente en el artículo 99 LCSP, debe ser determinado¹ y su precio cierto. La LCSP, adicionalmente, incorpora como novedad la referencia a que el objeto del contrato «se podrá definir en atención a las necesidades o

¹ La determinación del objeto es una exigencia general de todos los contratos: «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes» (artículo 1273 del Código Civil).

funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten».

Pero además de determinado², pueden destacarse las siguientes características o requisitos que debe cumplir el objeto de un contrato:

a) El objeto del contrato debe ser completo³ (arts. 99.1 y 116.2 LCSP).

Esta exigencia deriva de la propia naturaleza de la contratación pública y los fines a que sirve (satisfacción de necesidades públicas). Esta «completitud» se debe entender vinculada a la aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran el objeto puedan cumplir por sí mismas una función económica o técnica, cubriendo las necesidades del órgano de contratación⁴. Se puede entender por completo un objeto del contrato cuando es susceptible de ser entregado al uso general o al servicio correspondiente⁵.

Al respecto, el artículo 116.2 de la LCSP establece que «el expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 7 del artículo 99 para los contratos adjudicados por lotes».

El Informe de la Intervención General de la Administración del Estado de 22 de diciembre de 2008 recalca que «el objeto del contrato ha de estar determinado y ser completo en el sentido de que tiene que abarcar todos los elementos o prestaciones a reali-

² SOLER MIFSUD en «El fraccionamiento del objeto de los contratos en la Administración Local: nociones generales de la división en lotes. El fraccionamiento indebido del objeto del contrato». Auditoría Pública n.º 70 (2017), pp. 109-114.

³ Informe 1/2017, de 1 de febrero, la JCCA de Aragón que afirma que el objeto del contrato ha de ser determinado y completo.

⁴ Informe n.º 1/2017, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

⁵ La STS de 15 de febrero de 1984, en relación con el principio de unidad de obra previsto en el art. 21 de la antigua Ley de Contratos del Estado; y la Recomendación 1/2011 de la JCCA Aragón, definen obra completa como «las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto».

zar por el contratista que permitan satisfacer la necesidad concreta o el fin concreto del servicio público que motiva su contratación, de manera que si dichas prestaciones se contrataran de manera independiente, sí nos encontraríamos ante un fraccionamiento del contrato». O en palabras del informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2010 «lo relevante para determinar si hay o no fraccionamiento no es que las prestaciones que se contratan sean similares entre sí, sino que tales prestaciones se agrupen o no en torno a una misma unidad funcional, de tal forma que si tales prestaciones están estructuradas en favor de una misma finalidad deben contratarse conjuntamente».

b) El objeto del contrato debe responder adecuadamente a los principios que rigen la contratación pública, permitiendo su plena aplicación⁶.

Como es sabido, el artículo 1 de la LCSP establece que la contratación del sector público debe ajustarse «a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

c) El objeto del contrato debe ser definido en la fase preparatoria.

Así, el artículo 28 LCSP exige, para todos los contratos del sector público, que su documentación preparatoria determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Igualmente, el artículo 35, al regular el contenido mínimo del contrato, establece que los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren

⁶ Informe n.º 1/2017, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

recogidas en los pliegos⁷, deberán incluir, necesariamente, entre otras menciones, la definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su acuerdo 84/2015, de 10 de agosto, concluye indicando que el objeto del contrato «son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica».

En fin, el objeto del contrato puede definirse como «un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica, cubriendo las necesidades del órgano de contratación, la necesidad de su determinación responde al cumplimiento de los principios de transparencia, fomento de la concurrencia, pero también de eficacia y eficiencia»⁸.

1.2. No alteración del objeto del contrato: justificación y órgano responsable

La figura del contrato menor está relacionada con el fraccionamiento irregular del objeto del contrato ya que podría utilizarse —de hecho se ha utilizado y utiliza— para eludir las normas sobre publicidad y procedimientos de adjudicación. En otras palabras, el fraccionamiento indebido del objeto del contrato utilizando la figura del contrato menor constituye una práctica habitual para evitar la aplicación de los principios básicos de la contratación pública. Ya el informe anual del Tribunal de Cuentas sobre la gestión del Sector Público Estatal, correspondiente al ejercicio de 1998, ponía de manifiesto la tendencia al uso generalizado de la figura de los contratos menores de consultoría, asistencia y de servicios, detectando

⁷ En cuanto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, dispone el artículo 67.2 RGLCAP, que deberán contener con carácter general para todo tipo de contratos dicha «definición del objeto del contrato».

⁸ Acuerdo 44/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

prácticas fraudulentas, en el sentido de fraccionar artificialmente el objeto del contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo, eludiéndose así los requisitos de publicidad, el procedimiento y la forma de adjudicación que correspondan⁹.

El artículo 118¹⁰ de la LCSP establece el régimen jurídico de los contratos menores y, de forma expresa, en su apartado 3 exige que:

a) En el expediente se justifique que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación. De esta forma, el artículo 118.3 expresa, que en el expediente debe motivarse la no alteración del objeto del contrato, de acuerdo con los principios que rigen la contratación pública a los que nos referíamos antes.

El objetivo y finalidad es evitar que el órgano de contratación eluda las normas generales establecidas mediante el fraccionamiento

⁹ Resolución de la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas de 22 de mayo de 2001, BOE núm. 207, de 29 de agosto de 2001, apartado II.7.1.4.4, pp. 133-134. Más recientemente, el Tribunal de Cuentas en su informe de 13 de enero de 2017 (Resolución de 15 de marzo de 2017, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con Informe de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, ejercicio 2014 y 2015. BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2017, apartado II.2.2, pág. 50) indica que «se han observado supuestos en los que, por las circunstancias concurrentes en los expedientes de contratación, existen indicios de haberse producido un posible fraccionamiento del objeto del contrato, ya que se trata de contratos menores de servicios y de suministro con el mismo objeto, o vinculados entre sí por una misma finalidad —adjudicados en la mayor parte de los casos a la misma empresa—, y cuyo importe conjunto supera el límite máximo cuantitativo previsto en el TRLCSP. En estos supuestos, a la vista del carácter reiterado y previsible de los servicios, de la similitud de las prestaciones, así como del fin único de las diversas contrataciones, habría sido precisa la realización de una planificación más racional de las necesidades y de las actuaciones para cubrirlas; de modo que, en lugar de proceder a la celebración de distintos contratos menores, se hubiera efectuado una contratación única por el importe conjunto de las prestaciones, a través del procedimiento establecido para cada caso, lo que, además, hubiera contribuido a dotar de una mayor publicidad y concurrencia a la contratación».

¹⁰ Sobre la polémica relativa a su interpretación: Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón; Expedientes 41/2017, 42/2017 y 5/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado; Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, de la JCCA de Galicia; Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya; JSdC de la Comunidad Valenciana, informe núm. 4/2018 de 15 junio; Junta de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, Informe 1/2018, de 11 de abril; etc.

del contrato, adjudicando diversos contratos allá dónde, por la propia naturaleza de su objeto, debiera existir un único contrato. Se trata de impedir la práctica consistente en la adjudicación de varios contratos, todos ellos con un valor estimado que permite su adjudicación como contratos menores, cuando las necesidades que con ellos pretenden cubrirse conforman una unidad que se ha fraccionado con la finalidad de eludir las normas generales de preparación y adjudicación establecidas para la celebración de ese contrato¹¹.

Para la JCCP del Estado, la JCCA de Galicia, etc., en el expediente de contratación del contrato menor debe justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que, por lo tanto, el contratista no suscribió más contratos menores con el mismo objeto que, individual o conjuntamente, superen la cifra que consta en el apartado primero del artículo 118 LCSP¹².

La LCSP no señala un momento concreto en el que esta justificación debe formal o documentalmente realizarse, sin perjuicio de que lo correcto es que la concurrencia de los requisitos legales que determinan la posibilidad de utilización del contrato menor se comprueben en el momento en el que se efectúe el encargo. Por lo tanto, será suficiente que esta justificación conste en el expediente tramitado de acuerdo con el artículo 118 con carácter previo a la aprobación del gasto¹³.

b) Que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero, esto es, 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios.

¹¹ Siguiendo el Informe 6/2018 de 12 julio de 2018, de la CCCP de Andalucía, «la finalidad de esta norma, atendiendo al contenido completo del artículo y a su contexto, es evitar que se altere el objeto del contrato para eludir los principios básicos de publicidad y transparencia de los procedimientos de contratación, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, libertad de acceso a la contratación pública y eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Por ello, el órgano de contratación deberá justificar que el objeto del contrato es cualitativamente distinto al de otros contratos menores celebrados con anterioridad por el mismo órgano, o bien que, aun cuando las prestaciones que constituyen el objeto de esos contratos menores son equivalentes, no hay duda alguna de que no constituyen una unidad funcional o de ejecución en lo económico y en lo jurídico».

¹² Así lo señala el Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, de la JCCA de Galicia.

¹³ Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, de la JCCA de Galicia.

En cuanto a qué ocurre si un órgano de contratación supera estos límites de contratos menores suscritos con un mismo contratista cabe apuntar que, al tratarse de una norma de carácter imperativo y por lo tanto de una conducta obligatoria para el órgano de contratación o unidad funcional, debe velarse por la comprobación del cumplimiento de los límites para evitar la infracción sobre las normas del objeto del contrato y su fraccionamiento¹⁴.

c) El órgano de contratación debe comprobar el cumplimiento de dicha regla. Al respecto, la JCCA de Galicia, en su Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, afirma que «esta expresión legal indica que la comprobación de que no se produce un fraccionamiento atañe, obviamente, al concreto órgano de contratación de que se trata, precisamente como tal órgano de contratación competente para resolver el indicado procedimiento»¹⁵.

Por su parte, el Informe 6/2018 de 12 julio de 2018, de la CCCP de Andalucía apunta como regla interpretativa que «Teniendo en cuenta que ... el artículo 118.3 tiene por finalidad prohibir el recurso al contrato menor para eludir las obligaciones que en función del valor estimado se derivan de los principios de publicidad y de concurrencia, entiende esta Comisión Consultiva que las referencias al órgano de contratación contenidas en el mismo deben ser entendidas a aquellos órganos que ejercen facultades del órga-

¹⁴ Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, de la JCCA de Galicia.

¹⁵ Asimismo se establece que «El precepto no expresa cuál debe ser el ámbito de comprobación y no resulta razonable que esta cuestión no tenga límites, dado que no puede exigirse a un órgano de contratación un conocimiento pleno del resto de los contratos menores que concierne su administración ni una estimación de sus necesidades en base a sus competencias, de manera coordinada o compartida, con otros órganos de contratación diferentes. Entendemos que la justificación y comprobación del órgano de contratación debe referirse a los contratos de los que resulta competente para su adjudicación, realizados por el propio órgano de contratación.

La propia realidad de las cosas parece imponer esta solución, dado que fuera de casos de formalización de relaciones de colaboración entre distintos órganos de contratación para realizar las mismas obras, servicios o suministros, lo normal y habitual será que resulta muy difícil que distintos órganos de contratación concierten contratos menores sobre el mismo objeto teniendo en cuenta las distintas competencias en juego...

... Por lo tanto, cada órgano de contratación o cada unidad funcional separada deberá comprobar, dentro de su ámbito, que existe en el expediente la justificación de que, atendiendo a las competencias de ese órgano de contratación o unidad funcional separada, los contratos que se concierte o que se tiene previsto concertar respetan las reglas generales de la LCSP sobre el objeto de los contratos y no se produce un fraccionamiento ilícito de su objeto».

no de contratación directamente o por delegación, siempre y cuando estas lo hagan de manera autónoma y gestionen unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad. En estos casos serán estos órganos, los competentes para la formalización de los contratos, los encargados de comprobar y certificar el régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, limitándose a su unidad funcional. Lo mismo cabe decir respecto a la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación.

No parece razonable ni proporcionado que, en una Consejería con multitud de perfiles de contratante tanto en servicios centrales como en las diversas Delegaciones Territoriales, sea la persona titular de la misma quien tenga que emitir ese informe cuando ha delegado las competencias en otros órganos y estos gestionan unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad»¹⁶.

El citado Informe 6/2018 de 12 julio de 2018, concluye subrayando que, por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de la regla de incompatibilidad prevista en el artículo 118.3 LCSP, «las referencias al órgano de contratación contenidas en el mismo deben ser entendidas a aquellos órganos que ejercen facultades del órgano de contratación directamente, por delegación o desconcentración, siempre y cuando estas lo hagan de manera autónoma y gestionen unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad. En estos casos serán estos órganos, los competentes para la formalización de los contratos, los encargados de comprobar y certificar el régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, limitándose a su unidad funcional. Lo mismo cabe decir respecto a la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación».

En definitiva, cabe destacar que «el artículo 118.3 de la LCSP debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite con-

¹⁶ El Informe señala asimismo que «Supuesto distinto es el caso de la desconcentración de competencias, pues en dicho caso la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas al órgano originariamente, pasan a ser titularidad del órgano jerárquicamente dependiente en el que se desconcentran las mismas, aumentando consiguientemente de una manera normal las atribuciones o competencias de los órganos inferiores, en los términos y con los requisitos que prevean la propias normas de atribución de competencias, todo ello de conformidad con lo indicado en el artículo 8 de la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre».

siderar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor»¹⁷.

Finalmente, se debe evitar el fraccionamiento indebido del objeto del contrato para utilizar la figura del contrato menor¹⁸ porque los contratos menores suponen una simplificación sustancial del procedimiento de adjudicación, por lo que su tramitación debe ser restrictiva y porque el contrato menor no es apto para atender las necesidades de carácter recurrente. Para ello, se debe analizar si las distintas prestaciones son o no susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, así como el resto de circunstancias concurrentes en cada caso concreto; y es necesario que el órgano de contratación realice una programación del gasto público en función de las necesidades a cubrir, para poder tomar la decisión más adecuada al contratar¹⁹.

1.3. Clases de fraccionamiento

Los apartados 2 y 3 del artículo 99 LCSP reflejan las dos caras de una moneda cuando establecen las dos reglas a las que nos referíamos inicialmente:

¹⁷ Expediente 41/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

¹⁸ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en el Informe 4/2010, de 29 de octubre, sobre contratos menores, principios generales de la contratación y fraccionamiento del objeto de un contrato, indica que «la existencia de diversos contratos menores, tramitados simultáneamente o consecutivamente, que tienen por objeto diversas prestaciones que, consideradas en su conjunto, forman una unidad operativa o funcional, puede ser un indicio que se ha fraccionado un contrato indebidamente —y eso es así con independencia de que el adjudicatario sea diferente en cada contrato, dado que lo que se fracciona es el objeto del contrato» y que «en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto —o podría tenerlo, si se aplicaran los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no puedan variar de manera sustancial, que tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo y, aun así, tramitara diferentes contratos menores y eludiera las normas más exigentes de publicidad y procedimiento».

¹⁹ BATET JIMÉNEZ, P.: «Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos». Accesible el 3-9-2018 en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/relcategoria.208/chk.cfe478aaaa5499e2d593bc69e8ea7fc8>.

a) Por un lado, que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

b) Por otro, que siempre 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 cuarta²⁰. 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.

El objeto del contrato debe estar integrado por todas aquéllas prestaciones que estén vinculadas entre sí por razón de su unidad funcional impuesta por una mejor gestión de los servicios públicos; ello, a su vez, supone que, a sensu contrario, cuando del tratamiento unitario de todas estas prestaciones se derive un beneficio para el interés público que deba decaer ante un mayor beneficio derivado de su contratación por separado o cuando ésta sea exigencia de la necesidad de dar cumplimiento a una disposición legal, la contratación por separado de las distintas prestaciones no debe considerarse contraria a lo dispuesto en la LCSP²¹.

Por tanto, de acuerdo con la LCSP, y tal como se ha ido exponiendo, podría decirse que existen fraccionamientos irregulares y no irregulares, en función de si dan lugar a contrataciones independientes de diferentes partes de un mismo objeto contractual o si se llevan a cabo mediante la formación de lotes del objeto de un único contrato, y de si se llevan a cabo eludiendo o no las normas de publicidad o del procedimiento de adjudicación que correspondan²². Como subraya el Informe de la Intervención General de la

²⁰ Que regula los contratos reservados.

²¹ Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCA, si bien referido al TRLCSP.

²² Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). El mismo también subraya que «En este sentido, puede afirmarse que la suscripción de diversos contratos menores que podrían conformar el objeto de un único contrato no implicaría un supuesto de fraccionamiento irregular, si la misma adquisición mediante un único contrato también hubiera podido llevarse a cabo recurriendo a la suscripción de un contrato menor. Tal como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otros, en el Informe 69/08, de 31 de marzo, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación

Seguridad Social de 29 de noviembre de 2002, «la ley no prohíbe el fraccionamiento del contrato de manera general y absoluta, prohíbe únicamente un tipo de fraccionamiento jurídicamente injustificable, aquél que se hace con el propósito de defraudar normas imperativas sobre publicidad y adjudicación»²³.

Y es que, como indica el Informe 6/2016, de 27 de abril de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución n.º 214/2013, «a los efectos de considerar correcto o incorrecto el fraccionamiento del objeto del contrato habrá que estar asimismo a lo dispuesto en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia —que podría colisionar con la regla general de no división del objeto del contrato—, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, de donde se desprende, como también ha señalado el Tribunal en la resolución 247/2012, que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia, principio que, en relación con esta cuestión 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;
- 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».

de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato y, por este motivo, entiende que “no tiene que considerarse vetado por la Ley el fraccionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en que no origine alteración de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación que deben aplicarse ni a las normas de publicidad”....».

²³ Citado en el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2010.

A los efectos de determinar si existe un fraccionamiento indebido del contrato, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, últimamente en el Informe 45/2018, de 2 de julio, ha declarado que es necesario tener en cuenta diversos aspectos. Un aspecto es la existencia de una unidad funcional y de un vínculo operativo entre los diferentes contratos, lo que exigiría un tratamiento unitario de todos ellos, evitando un fraccionamiento artificioso del objeto del contrato que afectase al procedimiento de contratación o que se verificase con el simple objetivo de burlar los umbrales establecidos en la ley. A ello hay que añadir, como elemento hermenéutico de relevancia la posibilidad de planificación del contrato, esto es, la previsibilidad de su realización en el marco de la oportuna programación de la contratación que la ley exige a los órganos de contratación²⁴.

Estos dos elementos, junto con las demás circunstancias que definen y caractericen al contrato, son esenciales para poder determinar si, en cada caso concreto, existe, o no, un fraccionamiento indebido del contrato.

2. FRACCIONAMIENTO IRREGULAR

2.1. Introducción

El apartado 2 del artículo 99 LCSP, como se ha indicado, prohíbe fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Esta regla ya se contenía en el artículo 86 del TRLCSP de 2011; en el artículo 74 de la LCSP de 2007; y en el artículo 68 del TRLCAP.

Fácilmente se colige, y así lo ha destacado la generalidad de la doctrina, que el fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de la misma se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación). Asimismo, la norma viene a ser una concreción, en el ámbito de la contratación pública, del principio general que prohíbe el fraude de ley. Ello significa que la finalidad última de la ley no es agrupar en un solo contrato varias pres-

²⁴ El Informe 45/2018, de 2 de julio, cita los informes 31/12 y 15/2016; el informe de 1 de marzo de 2018, etc.

taciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de ley señalado. Si bien, no debe interpretarse tal precepto como que hay obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es posible no solo contratarlas por separado sino incluso ser objeto de explotación en forma independiente²⁵.

Al respecto, el Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto (de abril de 2015) de Ley de Contratos del Sector Público, afirmaba:

(...) este Consejo de Estado no puede dejar de poner de manifiesto que la división o fraccionamiento del contrato puede constituirse en la práctica en un modo de soslayar las exigencias de publicidad y concurrencia que impone la normativa, europea y española, sobre contratación pública.

En este sentido, sin desconocer el nuevo giro en la materia que adoptan las Directivas europeas en cuanto a la división en lotes y en el marco de lo que estas permiten, se deben introducir las necesarias cautelas para evitar una utilización abusiva de la división del contrato o que permitan a la Administración realizar un posterior control sobre su correcto empleo y la salvaguarda de los principios de contratación.

Entre otras posibles cautelas, considera este Consejo que debe al menos mantenerse, por no ser contraria a las determinaciones del Derecho europeo en la materia, la regla contenida en el artículo 86.3, inciso final, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: «Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto».

Y es que no puede dejar de señalar este Consejo de Estado que la experiencia en el ámbito de la contratación pública —especialmente en el ámbito municipal— arroja una experiencia negativa en relación con el uso fraudulento de la posibilidad de fragmentar el objeto de los contratos y a ello responde el artículo 99.2 del anteproyecto. Para solventar eventuales dudas en lo tocante a la interpretación de este precepto, conveniría aclarar si la expresión del artículo 99.3 «cuando el objeto del con-

²⁵ Dictamen 297/2015, de 29 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias.

trato admita fraccionamiento» excluye el supuesto contemplado en el artículo 99.2 —que el fraccionamiento se haga para eludir los controles y garantías legales—. En tal sentido, se sugiere añadir al apartado 3 el inciso «a estos efectos se entenderá que no admite el fraccionamiento en el caso del número anterior...»

Finalmente, podemos concluir esta introducción destacando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza los supuestos de fraccionamiento desde una perspectiva objetiva y haciendo abstracción de las intenciones concretas del órgano de contratación²⁶ (Sentencias de 15 de marzo de 2012 dictada en el asunto C-574/2010; y de 5 de octubre de 2000 Asunto C-16/1998²⁷). Así lo recuerda la Resolución 571/2016, de 15 julio de 2016, del TA-CRC²⁸, cuando subraya que «la cuestión principal, de conformidad con la citada jurisprudencia comunitaria, no se encuentra tanto en la existencia de una intención elusiva por parte del poder adjudicador, sino en el carácter único de lo que constituye el objeto del contrato que se pretende licitar. De este modo, si el objeto del contrato era único y se fraccionó en diversos expedientes, aunque no existiera una intención elusiva, habrá fraccionamiento indebido. Por el contrario, cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica, da igual cuáles sean las motivaciones del poder adjudicador al definir el objeto del contrato, no existirá fraccionamiento.

Solo cuando exista una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responde a una única finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimien-

²⁶ La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 11 de julio de 2013 en el asunto T-358/08 (TJCE 2013, 206), que condenó al Reino de España por fraccionamiento del contrato (el Tribunal consideró que la descripción del trabajo que debía llevarse a cabo en la red de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales era similar y que los trabajos debían cumplir una misma función económica y técnica), fue anulada por la STJUE (Sala Octava), de 4 diciembre 2014 (TJCE 2014/464), si bien por una cuestión procesal o formal previa al fondo del asunto.

²⁷ Un detallado análisis de estas sentencias puede verse en VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: «El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición». El Consultor. Contratación Administrativa Práctica Boletín 26 de julio de 2018.

²⁸ Y más recientemente, la JSdC de la Comunidad Valenciana, informe núm. 5/2018 de 15 junio, y el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 11-1-2017 (Recurso n.º 293/2016, Resolución n.º 4/2017).

tos separados para cada una de ellas, calculando también de forma independiente su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que le corresponda»²⁹.

2.2. Evolución normativa y delimitación

Históricamente, la legislación en materia de contratos administrativos ha venido estableciendo —con un éxito ciertamente relativo— muchas prevenciones contra el fraccionamiento del objeto del contrato, prohibiéndolo cuando lo que se pretendía era disminuir la cuantía del contrato con el fin de eludir requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondiera. En palabras de la JCCA de Aragón, en el Informe 1/2017, de 1 de febrero, «El fraccionamiento del objeto del contrato no estará en ningún caso permitido si la finalidad buscada o el resultado obtenido es la reducción de la cuantía en orden a obviar los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

En cambio, el objeto del contrato admitía su fraccionamiento, mediante la división en lotes, siempre que los mismos fuesen susceptibles de utilización y aprovechamiento separado y constituyeran una unidad funcional³⁰. La «unidad funcional» es un concepto jurídico indeterminado que debe ser entendido como aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran el objeto de un contrato puedan «...cumplir por sí mismas una función económica o técnica»³¹. En realidad, el primer concepto esencial que se mencio-

²⁹ En sentido contrario la Recomendación 1/2011 de 6 abril de 2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, afirma que «La jurisprudencia —por todas, STS 15 de febrero de 1984— acogió dicho criterio al entender consagrado «el principio de unidad de obra para evitar estériles proyectos parciales que pudieran quedar inconclusos con el devenir del tiempo, y para impedir posibles fraccionamientos de la obra conducentes a alterar el régimen de contratación que corresponda» lo que implicaba, según la sentencia mencionada, que por obra completa ha de entenderse las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto. De la doctrina y de la jurisprudencia, cabe concluir que son muchos y distintos los criterios utilizados para determinar si el fraccionamiento del objeto del contrato está justificado por exigirlo la naturaleza del objeto, o permitir una utilización o aprovechamiento separado. Lo determinante es si la finalidad buscada, o el resultado, fue una reducción de la cuantía en orden a obviar los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

³⁰ Art. 86.3 TRLCSP 2011.

³¹ Informe 1/2017, de 1 de febrero, de la JCCA de la CA de Aragón.

na en los informes de las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa para la calificación de un fraccionamiento como fraudulento es la existencia, o no, de «unidad funcional» de las prestaciones objeto de los distintos contratos.

Así, siguiendo a la Sindicatura de Cuentas valenciana resulta que «uno de los aspectos fundamentales para determinar la existencia de fraccionamiento o no, hace referencia a la aplicación a cada caso concreto del concepto de «unidad operativa o funcional».

Existirá una unidad operativa o funcional, si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

No se considerará que existe fraccionamiento indebido del contrato, siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad operativa o funcional, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás, o aun cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí.

Por el contrario, debe considerarse que existe fraccionamiento del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

La aplicación de este concepto no será fácil en muchos casos y deberá analizarse e interpretarse aplicando el juicio profesional a la vista del contexto y de las circunstancias de cada caso»³².

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de forma reiterada, ha venido recordando que la regla general es la prohibición del fraccionamiento del objeto de los contratos, con la finalidad de evitar la aplicación de las normas reguladoras de los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan³³. Para la JCCP, y de acuerdo con la nor-

³² Accesible el 6-9-2018: [https://www.sindicom.gva.es/web/wdweb.nsf/documento/mf2017/\\$file/MFSC-4813_fraccionamiento_2014_v15-6-15.pdf](https://www.sindicom.gva.es/web/wdweb.nsf/documento/mf2017/$file/MFSC-4813_fraccionamiento_2014_v15-6-15.pdf)

³³ Es reiterada la doctrina de la JCCA (informes n.º 12/15, de 6 de abril de 2016; 31/12, de 7 de mayo; 1/09, de 25 de septiembre; 16/09, de 31 de marzo de 2009; 57/09, de 1 de febrero; 69/08 de 31 de marzo, etc.) en el sentido de que se

mativa entonces vigente, la división del objeto del contrato en lotes era excepcional, y debían cumplirse, estrictamente, los requisitos previstos en la legislación: que la prestación fuera divisible, y que cada uno de los lotes en los que se pretende la división fuera susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituyera una unidad funcional por sí sola. Un resumen de esta doctrina lo encontramos en el Informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013, de la JCCA³⁴ cuando establece:

« (...) , el fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación). Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley señalado. Por todo ello no debe

trata de evitar el fraude legal tendente a la elusión de la aplicación de ciertas normas en materia de publicidad y relativas a los procedimientos de adjudicación cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. No es su finalidad obligar a agrupar en un solo contrato prestaciones distintas por el simple hecho de que compartan la misma naturaleza y puedan ejecutarse de forma conjunta, si son independientes entre sí y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma también independiente. En realidad el principio de no fragmentación fraudulenta del objeto del contrato solo operará cuando pueda hablarse de «fragmentación» como tal, esto es, según reiterada doctrina de la JCCA (informe 31/12, entre otros), cuando entre las diferentes prestaciones que pretenden contratarse (o partes de éstas) exista un vínculo operativo. Cuando este sea el caso la discrecionalidad del órgano de contratación para tramitar una pluralidad de expedientes de contratación que culminen en una pluralidad de contratos se encontrará con el límite del principio de no fragmentación (Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, JCCA).

³⁴ Previamente, la JCCA del Estado, en su informe n.º 57/09 (EDD 2010/26252), recogiendo lo ya manifestado en el informe 69/08, se había pronunciado en el sentido de que: «...la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

Es decir, el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones)».

interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente. Cuando conforme al criterio anteriormente expuesto proceda integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, solo cabrá la división en lotes si concurre alguno de los supuestos legalmente previstos en el apartado tercero del artículo 86 del TRLCSP. En estos supuestos hay dos, el primero de ellos se refiere a la necesidad de que cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya por sí solo una unidad funcional y el segundo es el relativo a la naturaleza del objeto del contrato, el cual deberá interpretarse en el sentido de que se permitirá la división en lotes cuando de las propias cláusulas del contrato o la finalidad que se pretende conseguir con él, así lo exijan.

En este sentido, esta misma Junta Consultiva se ha pronunciado en diversos dictámenes sobre este tema, especificando los requisitos contenidos en la Ley para que se pueda admitir la división en lotes. Así, podemos citar el Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, el cual dispone: «Reiteradamente ha puesto de manifiesto esta Junta que aun cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí, no hay razón para considerar aplicable lo dispuesto en el artículo 74.2, de conformidad con el cual “no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”» (hoy la mención debe entenderse referida al art. 86 TRLCSP). Asimismo, resulta también de interés lo manifestado en el informe 69/2009, de 31 de marzo, en el que se señalaba que: «la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuyas exigibilidad depende del valor estimado del contrato. Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarla por separado sino incluso su explotación en forma independiente».

Es decir, el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones).

(...) La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento.

No obstante, no todo fraccionamiento del objeto del contrato es contrario a la Ley. Como excepción, se permite en el caso de que concurra alguno de los requisitos establecidos en el artículo 86. 3, in fine), a saber: que cada uno de los lotes sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya una unidad funcional por sí solo o bien, que la naturaleza del objeto de ese contrato lo permita. Por tanto, como vemos para fraccionar el objeto de un contrato, los requisitos necesarios para ello son, en primer lugar, el requisito más importante a tener en cuenta es si la prestación que lo constituya es divisible, a partir de ahí, resulta necesario que cada una de ellas constituya un conjunto independiente y, por encima de todo, que no haya ánimo defraudatorio, esto es, que en ningún caso la división en lotes sirva para infringir los principios de publicidad y de concurrencia, o se haga con la intención de eludir la aplicación de estos principios en el procedimiento de contratación. Por tal motivo, siempre que se mantenga el contrato en su unidad, aunque luego se proceda a la división en lotes del mismo, a efectos de seguir el correspondiente procedimiento en el que se cumplan las reglas de publicidad y concurrencia, manteniéndose sus límites cuantitativos por encima de los umbrales que determinan la aplicación de estas reglas, se podrá proceder a la división en lotes de ese contrato. A tal fin, es necesario además que así se justifique en el expediente y que el cálculo del importe o del valor del contrato se mida por el conjunto de lotes y no de forma individualizada uno a uno».

Como consecuencia de la Directiva 2014/24/UE, y antes de la aprobación de la LCSP, mediante el Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, la JCCA rectifica su anterior criterio y recalca que:

«En este sentido deben traerse a colación los principios de publicidad y de transparencia y también el contexto nuevo que antes se ha

explicado. En efecto los citados principios aconsejan una interpretación generosa de los supuestos que, de conformidad con el artículo 86.3 del TRLCSP, habilitan al órgano de contratación a dividir en lotes el objeto dado que esta decisión lleva aparejada la obligación de aplicar las normas de publicidad y procedimentales que determina el valor estimado acumulado de todos los lotes, las cuales como es sabido serán más garantistas cuanto mayor sea el valor estimado. Adicionalmente esta interpretación amplia resulta especialmente necesaria en el nuevo contexto que busca favorecer la participación de las PYMEs en la actividad económica tal y como se ha explicado anteriormente. Por ello esta Junta Consultiva entiende que a partir de ahora los órganos de contratación podrán justificar su decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con la finalidad de favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública.

Nótese que este criterio difiere del expresado por esta Junta Consultiva en su informe 31/12 de 7 de mayo de 2013, el cual se cita en el escrito de consulta. Entonces se trataba de la contratación por un Ayuntamiento de unas obras de reparación de aceras en diversas calles de la misma ciudad y ello se enmarcaba en un Plan municipal de estímulo a la actividad de las PYMEs. En aquella ocasión la Junta Consultiva consideró que existía una única finalidad (la reparación de aceras) «lo que conlleva una unidad funcional, la única justificación que ampara una posible división en lotes del contrato, como es el beneficio de las PYMEs de la localidad, no justifica que se proceda a tal división, siendo lo correcto que se utilice un único procedimiento de adjudicación para la totalidad de las aceras que vayan a ser reparadas». Este criterio debe entenderse ahora superado tras el cambio de contexto.

En resumen esta Junta Consultiva considera que en atención al nuevo contexto la finalidad de favorecer el acceso de las PYMEs a la contratación pública debe ser considerada como una justificación válida para que los órganos de contratación puedan proceder a realizar una división en lotes del objeto del contrato amparándose así en el supuesto que contempla el artículo 86.3 que reza «siempre que (...) así lo exija la naturaleza del objeto»....»³⁵.

³⁵ No obstante, con acierto apunta BATET JIMÉNEZ que «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». En «La división del objeto del contrato en lotes». Gabilex N.º 6. Junio 2016. <http://gabilex.castillalamancha.es/>.

Así las cosas, en orden a su delimitación³⁶, podemos seguir a HERRERA CAMPA cuando define el fraccionamiento como «la división artificial en varios expedientes de un gasto que constituye una unidad, realizada por el gestor del mismo y que tiene como consecuencia la elusión de la aplicación de una norma que, en caso de no haberse realizado tal fraccionamiento, le resultaría plenamente aplicable. La posibilidad de tal elusión mediante el fraccionamiento del gasto surge, precisamente, cuando esa misma norma dispone su aplicación en función de la superación o no de determinados umbrales cuantitativos»³⁷. La JCCP estatal, en el Informe 39/2018 de 2 julio de 2018, con remisión a otros anteriores, advierte que «existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida éste con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad». Igualmente, la JCCA de Aragón, en el Informe 1/2017, de 1 de febrero, cuando afirma que «El fraccionamiento del objeto del contrato no estará en ningún caso permitido si la finalidad buscada o el resultado obtenido es la reducción de la cuantía en orden a obviar los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

³⁶ El fraccionamiento fraudulento del objeto de un contrato se puede producir tanto mediante la suscripción de diversos contratos menores destinados a la obtención de un resultado único o de una prestación que hubiera tenido que ser objeto de un único contrato, como también llevando a cabo contrataciones menores sucesivas para cubrir necesidades recurrentes que tuvieran que formar parte de un único contrato, siempre que estas contrataciones sucesivas supongan una alteración de las normas de publicidad y de las relativas a los procedimientos de adjudicación que se hubieran tenido que aplicar (Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya). El Informe 6/2018 de 12 julio de 2018, de la JCCA de Andalucía establece como regla interpretativa que «Asimismo, debe considerarse que hay un fraccionamiento indebido del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contratan por separado no son susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

En cambio, no debe considerarse que hay un fraccionamiento indebido cuando estamos ante varios objetos que no están vinculados entre sí de tal forma que la ejecución y explotación de uno o varios de ellos no es necesario para la ejecución y explotación de cualquiera de los demás, o cuando los objetos sean semejantes pero independientes entre sí.»

³⁷ En «Análisis normativo del fraccionamiento del gasto», Revista Cuenta con IGAE, Edición y Distribución: Subdirección General de Información, Documentación y Publicaciones, n.º 13, Noviembre 2005, pág. 25.

2.3. Las posibles consecuencias penales

Las consecuencias de actuaciones irregulares que den lugar a fraccionamiento prohibido del objeto del contrato son múltiples, y operan en distintos planos (exigencia de la responsabilidad patrimonial³⁸ conforme a la disposición adicional vigésima octava de la LCSP 2017; incumplimientos en materia de transparencia³⁹; etc.) como hemos tenido ocasión de exponer⁴⁰. En estos momentos nos interesa centrarnos en las posibles consecuencias penales.

La existencia de situaciones de corrupción en el ámbito público proyecta, sin duda, una imagen general sobre el mal funcionamiento de las instituciones públicas y, especialmente, sobre los instrumentos y formas de control de lo público que, tan a menudo, resulta burlado por unos y otros generalizándose una sensación de que no es posible la detección precoz de las situaciones de corrupción. Aunque existan dudas reales de que el marco jurídico haya sido el auténtico responsable, es indudable que la contratación pública ha estado, en los últimos tiempos, muy vinculada a uno de los problemas más graves que se han planteado y a los que se enfrenta la sociedad española como es la corrupción. En este sentido, conductas del estilo de las «facturas en los cajones», de la contratación sin formalizar el procedimiento contractual, del fraccionamiento de contratos, la gestión de modificados contractuales, etc., han formado parte del panorama de la sociedad española de los últimos años.

No obstante, la gestión incorrecta es un fenómeno de mala administración pero no debe confundirse ni subsumirse sin más en el ámbito delictivo. De esta forma, por ejemplo, que el precio de un contrato administrativo resulte más elevado de la previsión inicial es, o puede ser, un problema de gestión, pero no necesariamente un delito. Es evidente que allí donde hay una mala práctica admi-

³⁸ Vid. Dictámenes n.º 128/2016 de 21 de abril; n.º 297/2015, de 29 de julio; n.º 351/2018, 30 de julio de 2018; n.º 345/2018, de 24 de julio de 2018, del Consejo Consultivo de Canarias e Informe 8/2016 JCCA Canarias.

³⁹ Vid. Dictamen 128/2016 Consejo Consultivo de Canarias e Informe 8/2016 JCCA Canarias.

⁴⁰ En «Las responsabilidades de los empleados públicos», en «La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades». Directores: Palomar Olmeda, A. y Garcés Sanagustín, M. Editorial Thomson Aranzadi. 2013. Págs. 1391 a 1454. Asimismo, en «Las partes del contrato» en «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público». Directores: Palomar Olmeda, A. y Garcés Sanagustín, M. 1.ª Edición, enero 2018. Editorial La Ley Wolters Kluwer. Págs. 179 a 298.

nistrativa no necesariamente hay una infracción penal. Por ejemplo, el fraccionamiento de contratos no ha sido ni siquiera tipificado como una infracción administrativa en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En la prevención de la corrupción una de las medidas más significativas consiste en la reducción de los márgenes de libertad (de apreciación y valoración) de los órganos de contratación que pueden llevar a la adjudicación de un contrato. Esta reducción o, cuando menos, matización de los márgenes de apreciación y valoración es algo innegable cuando se compara la LCSP con textos anteriores.

En este momento, baste con destacar que la Sala de lo Penal del TS⁴¹ ha puesto de manifiesto que «constituye un supuesto clásico de casuística referida a la prevaricación la burda artimaña de fraccionar por resoluciones administrativas las contrataciones a fin de burlar los controles a la voluntad de quien domina el procedimiento que conduce a aquellas contrataciones» (STS núm. 229/2018, de 17 mayo —RJ 2018\3012—).

Asimismo, la STS 512/2015 del TS (Sala 2.ª), de 1 de julio (RJ 2015\3899), por la que se confirma la condena por delito continuado de prevaricación administrativa a alcalde y concejales, así como al interventor en calidad de cómplice por omisión⁴². El TS se refiere al carácter manifiestamente ilegal de los hechos, y destaca que «El ejemplo más palmario en este caso es ese fraccionamiento del Proyecto Itínere con la finalidad de acomodarlo a los presupuestos cuantitativos de los contratos menores, y eludir así el procedimiento que requieren las restantes formas de contratación» y «la ilegali-

⁴¹ La STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 1160/2011 de 8 noviembre (RJ 2012, 1519) confirma la condena por prevaricación de un alcalde que encarga obras a empresa constructora prescindiendo de todo procedimiento relativo a determinar la obra a ejecutar, sin previsión presupuestaria, sin llamar a otros eventuales contratistas y fraccionando las obras con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad y procedimiento o forma de adjudicación. Asimismo, SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 343/2018, de 10 julio (RJ 2018\2817); núm. 214/2018 de 8 mayo (RJ 2018\3008); núm. 548/2017 de 12 julio (RJ 2017\4135);

⁴² El interventor omitió sus obligaciones de control al autorizar los pagos a sabiendas de que los contratos que los amparaban habían obviado la legislación vigente y se habían producido de forma reiterada e irregular. Aunque carecía de capacidad para declarar la nulidad de los contratos, tenía la obligación legal de formular reparos, lo que hubiera posibilitado un pronunciamiento al respecto del alcalde (FJ 14 y 15).

dad de la actuación administrativa realizada en el presente caso, en el que se prescindió de todo procedimiento. A tal fin se tramitaron como contratos menores sujetos a requisitos mucho menos estrictos, el encargo de proyectos que superaron el límite cuantitativo fijado al efecto. De esta manera se prescindió no solo de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa, sino también de cualquier estudio previo sobre posibilidad de realización del proyecto por técnicos municipales incluso de límite del gasto.»

En la referida STS (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), núm. 512/2015, de 1 julio (RJ 2015\3899) se «considera acreditado que se produjo un fraccionamiento ilegal del contrato siguiendo instrucciones del recurrente, Vice Consejero de Bienestar Social, fraccionamiento que obedeció exclusivamente a la voluntad de dicho recurrente con la finalidad de anticipar la realización del encargo utilizando un procedimiento con menores garantías. Estimando además que este fraccionamiento solo se pudo realizar con la aquiescencia y colaboración del coacusado, segundo recurrente, que ostentaba el cargo de Secretario General Técnico de la Consejería.

Para llegar a esta conclusión fáctica la Sala sentenciadora dispuso de abundante prueba documental, que acredita el fraccionamiento del contrato, dictándose tres resoluciones distintas en fechas muy próximas para un único suministro de 81 hitos de piedra. Consta también acreditado documentalmente que se adjudicaron tres contratos distintos, por la modalidad de contrato menor de suministro, para 27 hitos cada uno, constando tres facturas diferentes, correspondiendo a cada uno de los tres contratos, por el mismo importe».

Más extensamente, y de forma meridiana, en estos casos la Sala de lo Penal del TS⁴³ justifica la existencia de un delito de prevaricación por cuanto:

«En el caso actual, y como ya se ha expresado, las resoluciones dictadas por el primer acusado con la cooperación del ahora recurrente, que diseñó el procedimiento para ello y se lo impuso a sus subordinados, eran objetivamente contrarias a derecho, en el doble sentido de que se fraccionó el contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que

⁴³ SSTS núm. 229/2018 de 17 mayo (RJ 2018\3012); núm. 259/2015 de 30 abril (RJ 2015\1720); etc.

correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del contrato, vulnerando el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, que dispone que « no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

Y segundo, como también se ha expresado al resolver el anterior recurso, porque una vez reconducida la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos, también se prostituye éste, vulnerando sus más limitadas exigencias, establecidas para salvaguardar en todo caso el interés público, a través del fraude consistente en encargar a un único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos, supuestamente de diferentes empresas, en los que el arbitrariamente elegido debía procurar que las condiciones por él ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación.

La contradicción con el derecho se manifiesta, como ya se ha expresado, tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta».

A modo de conclusión, debe destacarse que la Sala de lo Penal del TS⁴⁴, ha insistido en resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, se considera como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

En esta misma línea, y por lo que se refiere a la importancia del procedimiento administrativo, el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación

⁴⁴ SSTS núm. 229/2018 de 17 mayo (RJ 2018\3012); 512/2015, de 1 julio (RJ 2015\3899); 597/2014, de 30 julio (RJ 2014\4173); 18/2014, de 13 de enero SIC (RJ 2014, 1002).

de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución.

3. FRACCIONAMIENTO REGULAR O PERMITIDO: DIVISIÓN EN LOTES

El apartado 3 del artículo 99 LCSP, como se ha indicado, establece que siempre 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 cuarta⁴⁵. 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.

El precepto tiene su origen en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, conforme al cual «Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84».

Por tanto, como consecuencia de la Directiva 2014/24/UE, se ha introducido en la LCSP un cambio sustancial en la noción del fraccionamiento de los contratos al establecer como regla general la división en lotes del objeto del contrato; y que, la no división en lotes del objeto del contrato cuando es posible, debe motivarse expresamente en el expediente. Este cambio normativo ha obligado a

⁴⁵ Que regula los contratos reservados.

revisar la interpretación que hasta ahora se había venido dando, como pasamos a exponer.

3.1. La regla tradicional: no división en lotes

La LCAP; el TRLCAP; la LCSP de 2007 y el TRLCSP de 2011 establecían que, cuando el objeto del contrato admitiera fraccionamiento y así se justificara debidamente en el expediente, podría preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos fueran susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyeran una unidad funcional, o así lo exigiera la naturaleza del objeto del contrato. En concreto, siguiendo el artículo 86.3 del TRLCSP de 2011⁴⁶, «cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto». Por tanto, para dividir en lotes se exigía, además de que el objeto fuera divisible, una justificación suficiente en el expediente. En palabras de FERNÁNDEZ RAMOS «debe justificarse debidamente en el expediente el fraccionamiento del objeto del contrato, y el incumplimiento de esta norma puede comportar la anulabilidad del contrato»⁴⁷.

Es lo cierto que el sistema fue criticado en ocasiones, pues se entendía que la concepción tradicional de la contratación única limitaba de facto la libertad de los gestores públicos a la hora de decidir el modo de licitar un objeto contractual; el hecho de que tuviera que justificarse «debidamente» en el expediente la razón por la que el objeto del contrato admitía fraccionamiento, generaba una complejidad adicional en la tramitación de los expedientes que conducía a que la realidad fuera que los contratos no se licitaran por lotes en la mayoría de los casos»⁴⁸.

⁴⁶ Igualmente, art. 74.3 LCSP 2007 y art. 68.3 del TRLCAP.

⁴⁷ «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público» (Tomos II). Editorial Bosch. Abril 2009. L. Parejo Alfonso y A. Palomar Olmeda (Directores). Pág. 866.

⁴⁸ En este sentido, el Informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que además afirmaba: «A juicio de esta Junta, en la línea expuesta por las instituciones comunitarias, la regla general debería ser la licitación en lotes siempre que ello fuera posible con el fin de favorecer la competencia y participación de las empresas».

Asimismo, existían excepciones normativamente previstas. Por vía de ejemplo, en virtud del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación⁴⁹, aquellos contratos que tenían por objeto las tecnologías y comunicación, siempre que no existiera un motivo justificado para su tratamiento unitario. A esta excepción a la regla general de no separación en lotes de las prestaciones de los contratos administrativos se referían las Resoluciones 52/2013, de 30 de enero de 2013, y 523/2015, de 5 de junio de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

«Los contratos administrativos que tienen por objeto las tecnologías de la información y comunicación (TIC) deben separar en lotes las prestaciones siempre que sea posible y no exista una razón justificada para su tratamiento unitario. Ello se debe a que bajo la denominación TIC se comprenden servicios diferenciados que permiten una prestación independiente por diferentes operadores y empresarios, y que la unificación en su licitación puede afectar a la libre concurrencia al requerir a los potenciales licitadores estar en disposición de prestar todos los servicios cuando, en realidad, el mercado de las TIC no refleja esta unificación».

No obstante, en general, de conformidad con la normativa se entendía que, cuando procedía integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, solo cabía la división en lotes si concurría alguno de los supuestos legalmente previstos: la necesidad de que cada lote fuera susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituyera por sí solo una unidad funcional; o la naturaleza del objeto, que debía interpretarse en el sentido de que se permitiría la división en lotes cuando las propias cláusulas del contrato o la finalidad que se pretendía conseguir con él lo exigieran⁵⁰.

Por vía de ejemplo, el Informe 5/07 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias afirmaba que «Cuando las necesidades a satisfacer mediante un procedimiento de contratación estén integradas por un conjunto diverso de bienes o presta-

⁴⁹ Cuyo artículo 5, objeto del contrato, señala que «El objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan. En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados....».

⁵⁰ Dictamen 297/2015, de 29 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias.

ciones, de naturaleza distinta o susceptibles de utilización o aprovechamiento separado, la licitación para llevar a cabo la contratación podrá realizarse mediante lotes separados, agrupando en cada uno de los lotes aquellos bienes o prestaciones que sean de naturaleza homogénea, o que hayan de ser utilizados como una unidad de aprovechamiento independiente, de tal forma que cada uno de los lotes se constituye en objeto de licitación diferenciada; en consecuencia, se podrán adjudicar tantos contratos como adjudicatarios distintos resulten para cada uno...».

3.2. Nueva regla general: división en lotes

La regla pasa a ser ahora que, cuando el objeto del contrato admita ser fraccionado, se proceda a su división en lotes, salvo que se justifique y motive debidamente lo contrario. Es un cambio relevante respecto de la regulación anterior y obedece a la convicción expresada por los considerandos de la Directiva 2014/24/UE⁵¹.

En efecto, la Directiva 2014/24/UE, dispone que «debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME», y tiene como uno de sus objetivos favorecer un incremento de la competencia propiciando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública. Una de las formas para conseguir dicho objetivo es la división, cuando sea posible, de los contratos en lotes, cuestión que se regula ahora bajo un prisma diferente. Se considera que, «para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera 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 y especializaciones 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»⁵².

⁵¹ Ya el «Código europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos» aprobado el 25 de junio de 2008 por la Comisión Europea, invita a la división en lotes del objeto de los contratos, siempre que ello sea posible. Se trata de un documento de trabajo que, si bien no posee carácter vinculante, tiene por objeto «permitir a los Estados miembros y a los poderes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas».

⁵² Considerando 78, que además señala: «La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de

También se considera que «Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro. También deben estar autorizados a limitar también el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador»⁵³.

acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. 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. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, 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.

Los Estados miembros deber seguir gozando de libertad para prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiendo a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes o haciendo obligatoria la división en lotes bajo ciertas condiciones. A este mismo respecto, los Estados miembros deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas.»

⁵³ Considerando 79, que además señala: «Sin embargo, el objetivo de facilitar un mayor acceso a la contratación pública a las PYME podría verse mermado si se obligara a los poderes adjudicadores a adjudicar el contrato lote por lote, aunque ello supusiera tener que aceptar soluciones bastante menos ventajosas respecto de una adjudicación que reúna varios o todos los lotes. Por ello, cuando la posibilidad de aplicar este tipo de método se haya indicado claramente antes, los poderes adjudicadores deberían poder llevar a cabo una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con la presente Directiva con respecto a dichos lotes, que las ofertas para los lotes separados de que se trate consideradas aisladamente. En caso afirmativo, el poder adjudicador debería poder adjudicar un contrato que combine los lotes de que se trate al licitador afectado. Es preciso aclarar que los poderes adjudicadores deberían realizar dicha evaluación comparativa primero determinando 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 artículo 46 de la Directiva, establece una regla esencial en cuanto al cambio en la consideración del fraccionamiento del objeto del contrato cuando asimismo establece que «Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84 ... los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes». Sobre esta regla, adicionalmente y para completar el círculo, el apartado 4 dispone que «Los Estados miembros podrán aplicar el párrafo segundo del apartado 1 haciendo obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados, en condiciones que habrán de especificarse de conformidad con el Derecho nacional y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión. En tales casos, también serán de aplicación el párrafo primero del apartado 2 y, si procede, el apartado 3».

Como venimos reiterando, la regulación jurídica de la división del objeto del contrato en lotes efectuada por la Directiva 2014/24/UE supone un cambio sustancial respecto de la regulación anterior 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. En efecto, el preámbulo de la Ley 9/2017, en su apartado V, justifica la nueva regla general a que debe ajustarse la división en lotes del objeto del contrato como medida de apoyo a las PYMES, facilitando con ella el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas, dentro todo ello de la política de fomento de la contratación pública con pequeñas y medianas empresas que impregna las nuevas Directivas de contratación pública:

«(...) se encuentran aquí como medidas de apoyo a las PYMES todas las medidas de simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas, introducidas con el objetivo de dar un decidido impulso a las empresas. Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas); (...) Debe recordarse que la política de fomento de la contratación pública

con pequeñas y medianas empresas impregna las nuevas Directivas de contratación pública, ya desde sus primeros Considerandos, medida destacada en la Estrategia Europa 2020, en la que la contratación pública desempeña un papel esencial y que se traslada al ordenamiento jurídico español mediante el presente texto legal».

Por su parte, el Consejo Económico y Social, en su Dictamen 8/2015, de 25 de junio de 2015, sobre el Anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, destacaba que «el artículo 99 exige al órgano de contratación que justifique debidamente su decisión cuando no se dividan los contratos en lotes y ofrece una serie de motivaciones por las que esa división puede no realizarse. Al respecto, el CES considera favorable que el Anteproyecto promueva la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, sin embargo, cree necesario apuntar que, para asegurar la ejecución correcta del contrato, la división por lotes debería hacerse por unidades completas de producción y no por actividades productivas independientes».

3.3. La decisión de dividir o no en lotes: naturaleza jurídica y motivos que justifican la no división en lotes

Sobre la obligatoriedad o no de la división en lotes de los contratos, siguiendo al TACRC⁵⁴, el tratamiento que la ley establece puede sistematizarse del siguiente modo:

1. La ley no prohíbe, con carácter general, la división en lotes del objeto de un contrato;
2. La división en lotes constituye una elección de la administración contratante;
3. Presupuesto necesario de esta opción de contratación es que los lotes sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto;
4. La decisión de la no separación en lotes del objeto del contrato debe estar debidamente justificada en el expediente⁵⁵;

⁵⁴ Resoluciones n.º 83/2018 de 2 febrero (JUR 2018\77329); n.º 239/2017 de 3 de marzo de 2017; n.º 918/2014, de 12 de diciembre.

⁵⁵ Con el TRLCSP 2011 la regla era la contraria, la decisión de la separación en lotes del objeto del contrato debe estar debidamente justificada en el expediente.

5. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, medida que tiende a prevenir el fraude de ley en la contratación pública;

6. Cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes, con las particularidades previstas en las normas de cuantificación a efecto de umbral de los contratos.

La LCSP contiene una lista, abierta, de motivos válidos como justificación de la no división en lotes del objeto del contrato, que deben justificarse debidamente en el expediente. Conforme al artículo 99.3 LCSP, en todo caso se consideraran 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 conlleve 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».

Estos motivos coinciden con lo establecido por el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE, cuando dispone que «Estas razones podrían ser, por ejemplo, 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 po-

dría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato». Además, como ya se indicado, la lista debe considerarse abierta pues la expresión «por ejemplo» evita cualquier discusión sobre el tema.

El fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división en lotes se configura como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, que, a la hora de decidir si se divide en lotes o no, debe «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 lotesAsí las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios —eficacia y eficiencia de la contratación pública, y, más concretamente, los aspectos antes indicados, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte— lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes»⁵⁶.

La decisión del órgano de contratación, división, o no, en lotes del objeto de un contrato, constituye un acto de discrecionalidad de la Administración, en la que deben tenerse en cuenta los principios de eficacia y de eficiencia de la contratación pública; libertad de acceso a las licitaciones; no discriminación; concurrencia; etc. Así, el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE señala 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...».

La JCCP del Estado considera que con carácter general le corresponde al órgano de contratación decidir si para dar satisfacción a varias necesidades tramita uno o varios expedientes de

⁵⁶ Resolución n.º 247/2012, de 7 de noviembre de 2012, del TACRC.

contratación. Esta discrecionalidad para configurar jurídicamente la licitación y contratación de dos o más prestaciones encuentra su límite en el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato⁵⁷.

En este sentido, la Resolución del TACRC 430/2018, de 27 abril de 2018, (EDD 2018/105660) subraya 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» y recuerda que la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, partiendo de la literalidad de la norma, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, expresa «que se trata de una decisión que entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurran».

Si bien la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, la decisión debe ir acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. Es decir, la discrecionalidad no es, claro está, absoluta, pues se exige una motivación real y verdadera. A la 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 se refiere el TACP de la Comunidad de Madrid, en la Resolución n.º 124/2018, de 25 de abril, cuando concluye que «aunque formalmente se ha cumplido con la obligación de dividir el contrato en lotes, no existe una motivación adecuada y razonable del número de lotes y su distribución. Así, no se motiva la concentración de centros en lotes de tan gran tamaño (54 y 69 millones de euros). No es razonable la justificación incorporada en el informe al recurso de que con la configuración en dos grandes lotes se pretende garantizar los derechos de los trabajadores a subrogar, pues la obligación de subrogar a los trabajadores opera igual para todas las empresas del sector sea cual sea su tamaño. La garantía de cumplimiento de las obligaciones contractuales se obtiene a través de la fijación de unos adecuados medios de acreditación de la solvencia de las empresas que se admiten a la licitación, a través del estable-

⁵⁷ Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCP.

cimiento de umbrales para la determinación de las empresas que presentan ofertas anormales o desproporcionadas que deberán justificar la viabilidad de la oferta o mediante el control de la ejecución de los contratos incluso de los pagos a los trabajadores. La adjudicación del contrato únicamente a una gran empresa en cada lote no da mayores garantías de buena ejecución y solo supone establecer unos importes de garantía provisional y unos requisitos solvencia económica y financiera y técnica o profesional que muy pocos pueden cumplir, eliminando de esta manera una competencia real y efectiva y sobre todo limitando la posibilidad de licitar a las PYMES, sin que se haya justificado una necesidad de que así deba ser. Esto se refuerza porque nada exige que la subrogación deba ser de todo el personal de forma completa»⁵⁸.

Asimismo, si bien respecto al TRLCSP de 2011, la Resolución de 9 de octubre de 2015 del TACRC expone que «es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia («eficiente utilización de los fondos públicos», en palabras de dicho precepto legal), principio que, en relación con la opción que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la

⁵⁸ La Resolución insiste en que «se debe justificar suficientemente la decisión de dividir en solo dos lotes un contrato que abarca a 13 centros, cuyas características —tamaño, ubicación— es desigual, sin que las razones organizativas aludidas en las memoria (la existencia de una central de compras y su finalidad) sea razón suficiente, ya que la homogeneidad del servicio a través de un protocolo de limpieza y la racionalización en una Central de Compras no están reñidos con la posibilidad de división en lotes. Tampoco es razón admisible la existencia de contrato precedente de idénticas características a que es objeto del recurso en tanto que su régimen jurídico es diferente al estar sometido en su totalidad a la anterior TRLCSP.

Por lo cual, considera este Tribunal que los Pliegos que rigen esta licitación, en cuanto no justifican adecuadamente la no división en lotes del objeto contractual, no se acomodan a lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en lo que se refiere la división de lotes por lo que debe estimarse el recurso».

optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia. Por lo tanto, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios (eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte) lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

En relación con lo anterior este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012 o 227/2012 de las que se hace eco la más reciente Resolución 523/2015) que ha de respetarse, en principio, la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran, desestimando así las pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo sugerido por el recurrente en cada caso (en el mismo sentido la resolución n.º 470/2015, en donde se analizaba la impugnación de los pliegos que iban a regir el proceso de contratación)⁵⁹.

Finalmente, cabe recordar, siguiendo la resolución de 14 marzo de 2018 del TACP de la Comunidad de Madrid (JUR 2018\88978), que si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre competencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que «podrá» establecer tales lotes. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de

⁵⁹ Más recientemente, cabe citar la Resolución del TARCCyL de 19 abril de 2018 (JUR 2018\199712) conforme a la cual «el inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos, que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia».

varios objetos o la no división en lotes del mismo supongan una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento. El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

3.4. Limitaciones a la división en lotes

En cuanto a la posibilidad de que los contratistas puedan licitar o resultar adjudicatarios de un único lote o de varios, el Dictamen n.º 69/2006, de 28 de julio, de la Abogacía General del Estado había indicado que «...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»⁶⁰.

Este criterio pierde su virtualidad como consecuencia del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE que permite a los poderes adjudicadores optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes; les obliga a precisar, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el

⁶⁰ A este dictamen de la AGE hace referencia la Resolución del TACRC de 31 de octubre de 2014: «Pues bien, con expresa referencia a la argumentación del Dictamen de la Abogacía General del Estado no 69/2006, el Tribunal considera que sí es posible la limitación del número de lotes a participar, y ello por las siguientes razones: a) tal interpretación es la que parece la más ajustada a la literalidad y al contenido del precepto; b) es la que resulta más coherente con la finalidad a la que responde la división de los contratos por lotes; c) se ajusta con mayor rigor a las premisas sobre las que se asienta la técnica de división del contrato en lotes; d) resulta corroborada por el contenido del modelo de anuncio de licitación y adjudicación de contratos para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), que figura como Anexo VIII del RGCAP [...]».

interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes; les faculta para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador; etc. El Considerando 79 de la Directiva 2014/24/UE establece que «Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro. También deben estar autorizados a limitar también el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador».

En principio, 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. El apartado 4 del artículo 99 LCSP, que permite al órgano de contratación introducir limitaciones en los casos en los se proceda a la división en lotes siempre que se justifique debidamente en el expediente y, a su vez, se indique expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, tiene su origen en el referido artículo 46.2 de la Directiva 2014/24/UE⁶¹, y supone una novedad respecto al TRLCSP de 2011. Estas limitaciones son las dos siguientes:

- a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.
- b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador. En este caso, además deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplica-

⁶¹ El artículo 46.2 de la Directiva sobre contratación pública establece que «Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes. Los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen 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».

ción de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios.

En realidad, cabe entender que el artículo 99.4 establece una tercera limitación cuando adicionalmente determina que «Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta⁶². Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava⁶³, en las condiciones establecidas en la citada disposición».

La Resolución n.º 798/2018, de 14-9-2018, del TEACRC al interpretar el artículo 99.4 de la LCSP advierte que «Nada en el artículo 99.4 LCSP permite la exclusión de una oferta más ventajosa para dar preferencia a otra con menor puntuación, precisamente en contra de la preferencia manifestada por el licitador que ha presentado la mejor oferta y es relegado. Algo distinto es que se acepte la limitación del número de lotes de los que un mismo licitador puede ser adjudicatario o que para evitar que un lote quede desierto se excepcione la regla de no adjudicar más de un lote a un mismo licitador que haya presentado la mejor oferta en más de uno de ellos.

Por otra parte, la limitación de lotes de los que se puede ser adjudicatario está legalmente configurada como una excepción a la regla general de libre concurrencia y adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, por lo que debe recibir una aplicación estricta o no extensiva, quedando fuera de la ley las excepciones a la adjudicación que desborden la limitación legalmente admitida, es decir, la del número de lotes de que se puede ser adjudicatario y que no deriven de criterios estrictamente competitivos, como sería una valoración para el caso de la existencia o no de escasa o suficiente concurrencia o la conveniencia, que siempre sería al menos discutible, de dar entra a otro licitador que ha realizado una oferta objetivamente menos valorada.

⁶² Que regula los contratos reservados.

⁶³ Que se refiere a la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones.

A través de conceptos indeterminados muy amplios se viene a reconocer en el Pliego a la mesa de contratación una intervención sobre los propios criterios de adjudicación que resulta contraria a la certeza e integridad que deben presidir la contratación pública, de acuerdo con el artículo 1 de la LCSP.

El objetivo de que los adjudicatarios de los lotes sean empresas diferentes, que expresamente enuncia la cláusula 2.8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no puede perseguirse fuera de los márgenes legales, que únicamente contemplan la posibilidad de limitar el número de lotes de los que se puede ser adjudicatario»⁶⁴.

3.5. Posibilidad de adjudicación de más de un lote: oferta integradora

Por oferta integradora puede entenderse «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»⁶⁵. Necesariamente, la posibilidad de presentar «oferta integradora» exige que el licitador presente oferta individualizada a cada uno de los lotes que componen aquélla, de modo que se permite comparar la mejora que la «oferta integradora» aporta, constatándose así si el contrato debe ser adjudicado a la oferta del licitador que, respecto al conjunto de la totalidad de los lotes integrados, resulte ser la más ventajosa o, en cambio, adjudicar por lotes individualizados, al representar la suma de todos ellos un resultado más beneficioso en los términos previstos en el pliego. Incluir una posibilidad de esta naturaleza debe facilitar, en suma, la selección de la oferta económicamente más ventajosa al tiempo que no se vea restringida la competencia⁶⁶.

⁶⁴ El TEACR previamente indicaba que «Así pues, el objetivo de facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública no implica corrección alguna en los principios de igualdad, transparencia y la objetividad y no entraña innovación que permita ponerlos en entredicho. Y es que las Directivas prevén medidas concretas y variadas para lograr ese objetivo sin alterar el principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, como es el caso, en particular, de la división de los contratos públicos en lotes...».

⁶⁵ Informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CA de Aragón.

⁶⁶ Vid. nota anterior.

El concepto de «oferta integradora», aunque no encaja exactamente con el de variante —al no conllevar una solución técnica alternativa—, ni con el de mejora —pues no incorpora prestaciones adicionales a una oferta base— tiene mucho en común con estos mecanismos que permiten la presentación de proposiciones simultáneas; se trata, en suma, de una reformulación de la proposición económica, que posibilita la revalorización de la oferta aplicando los criterios de valoración que se establezcan, criterios que deberán ser los mismos que se apliquen a las ofertas individualmente consideradas, de modo que puedan ser objetivamente comparadas⁶⁷.

El apartado 5.º del artículo 99 LCSP, también novedoso y con origen en el artículo 46.3 de la Directiva 2014/24/UE⁶⁸, establece los requisitos que deben cumplirse para adjudicar a una oferta integradora, cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador. Deben cumplirse «todos y cada uno de los requisitos siguientes:

- a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.
- b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.
- c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.
- d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite».

⁶⁷ Vid. nota anterior.

⁶⁸ El artículo 46.3 de la Directiva sobre contratación pública establece que «Los Estados miembros podrán disponer 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 cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse».

En cuanto a esta posibilidad, el Considerando 79 de la Directiva 2014/24/UE dispone que «... el objetivo de facilitar un mayor acceso a la contratación pública a las PYME podría verse mermado si se obligara a los poderes adjudicadores a adjudicar el contrato lote por lote, aunque ello supusiera tener que aceptar soluciones bastante menos ventajosas respecto de una adjudicación que reúna varios o todos los lotes. Por ello, cuando la posibilidad de aplicar este tipo de método se haya indicado claramente antes, los poderes adjudicadores deberían poder llevar a cabo una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con la presente Directiva con respecto a dichos lotes, que las ofertas para los lotes separados de que se trate consideradas aisladamente. En caso afirmativo, el poder adjudicador debería poder adjudicar un contrato que combine los lotes de que se trate al licitador afectado. Es preciso aclarar que los poderes adjudicadores deberían realizar dicha evaluación comparativa primero determinando 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».

Se trata, por tanto, de evitar que adjudicar el contrato lote por lote implique aceptar soluciones o propuestas menos ventajosas que una oferta que integre todos, o varios, lotes. Para ello, 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. Una vez efectuada la valoración de las ofertas (individuales y de los lotes integrados) y a los efectos de efectuar la adjudicación, se compararán las mejores ofertas individuales con las diferentes ofertas integradoras presentadas por los licitadores, hallando la suma ponderada de la puntuación total de las mejores ofertas individuales, con independencia de que hayan sido formuladas por distintos licitadores, y comparándola con la puntuación total de cada una de las ofertas integradoras.

3.6. Cada lote, un contrato

Finalmente, hay que tener en cuenta que el apartado 7 del artículo 99 determina que en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contra-

to, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN FINAL

El fraccionamiento del objeto contractual en lotes debe perseguir una mejor ejecución y una apertura a la competencia, y nunca un fraccionamiento irregular destinado a disminuir su cuantía y eludir los requisitos de publicidad o el procedimiento de adjudicación que correspondan. Para distinguir el fraccionamiento regular o permitido, del fraccionamiento irregular o prohibido, podemos seguir el esquema siguiente⁶⁹:

A) Se permite el fraccionamiento en los casos siguientes:

a) Cuando el objeto del contrato admita la división en lotes, bien porque así lo exija su naturaleza, bien porque cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya una unidad funcional, siempre que así se justifique debidamente en el expediente.

b) También se permite el fraccionamiento cuando se trate de prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, siempre que dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En estos casos, el régimen jurídico aplicable admite la realización independiente de cada lote o prestación diferenciada y cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes. Las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, con algunas excepciones.

⁶⁹ «Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo». Comisión Técnica de Auditoría Pública. Serie Documentos. Fundación FIASEP. Disponible el 6-9-18 en <http://www.fundacionfiasep.org/bocms/images/bfilecontent/2013/10/10/9390.pdf?version=1> .

B) Está prohibido el fraccionamiento cuando se lleve a cabo con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Para determinar qué fraccionamientos no están permitidos legalmente, se pueden tener en cuenta —no necesariamente de forma acumulativa— dos criterios, uno objetivo y el otro subjetivo:

a) Comprobar si el objeto contractual admite ser fraccionado, pues en tal caso está permitida la división en lotes y ha de motivarse la no división.

b) Valorar si existe la intención de eludir las normas de publicidad o el procedimiento de adjudicación que correspondan. Este criterio subjetivo, que obliga a tener en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, es útil para determinar si el fraccionamiento es o no fraudulento, en aquellos casos en que objetivamente sea difícil concluir si nos encontramos ante un objeto que se fracciona indebidamente o ante objetos diversos entre los que no existe una vinculación funcional u operativa, pues la existencia de dicha vinculación puede depender de la finalidad que se pretenda conseguir por el órgano de contratación.

No obstante, conviene no olvidar que el enjuiciamiento del posible carácter fraudulento del fraccionamiento no debería presumirse en base a criterios generales establecidos a priori, sino que debería acreditarse en cada caso, tomando como base las propias circunstancias y datos obrantes en el supuesto de que se trate⁷⁰.

Y más allá de la descripción de un fenómeno con dos caras, interesa asimismo destacar que la ordenación y planificación de la contratación pública es esencial, y sin duda el medio y solución para evitar el fraccionamiento irregular. Planificar es el instrumento idóneo para prevenir el fraccionamiento irregular. Recordemos que entre los principios generales que deben respetar todas las Administraciones Públicas en su actuación la Ley 40/2015 incluye el de planificación⁷¹, y que el artículo 28 de la LCSP dispone que «Las entidades del sector público no podrán celebrar

⁷⁰ Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 14 de junio de 2013. Accesible el 9-9-18 en http://www.madrid.org/wint_web/run/j/MostrarDocumento.icm?mime=application/pdf&tipo=tl_pdf&tabla=informe&codigo=2886

⁷¹ Artículo 3 LRJSP.

otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales» y que «Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente».

Es indudable que ninguna Administración puede funcionar correctamente si carece de una estrategia adecuada de compras y adquisición de los medios y servicios necesarios para ejecutar sus funciones. Cualquier Administración que aspire a prestar con eficacia y eficiencia servicios de elevada calidad precisa de instrumentos de ordenación y gestión de contratación o de otros semejantes. No obstante, en las Administraciones públicas la aplicación de la planificación en materia de contratación, y también en otros ámbitos como los recursos humanos, ha sido tradicionalmente más teórica que práctica. Mediante la planificación se trata en definitiva de establecer un sistema racional en el que, examinadas las actividades que se deben realizar y necesidades que se deben cubrir, se proyectan los medios y formas necesarios para su adquisición, realización y cobertura en términos de eficacia y eficiencia.

El punto de partida para la utilización de los mecanismos previstos en la normativa de contratos del sector público para cubrir las necesidades es la correcta planificación de la contratación la cual, además de permitir y contribuir al mejor respeto de los principios inspiradores de la contratación pública, contribuye también a garantizar la utilización eficiente de los fondos públicos.

Ciertamente, una vez determinadas por los entes, organismos o entidades del sector público las necesidades que deben cubrirse —cuando son previsibles e incluso cuantificables— y concretado el alcance, tanto material como temporal, del objeto de los contratos que se requieren para satisfacerlas, planificar los contratos que hay que llevar a cabo permite poder plantear diferentes opciones para cubrirlas, así como también obtener ahorros en los gastos de gestión de la contratación; una posible mejora de precios por la agregación de demanda, aprovechando las economías de escala, pero también derivada de la mayor concurrencia que permite una contratación abierta y competitiva y la posibilidad de obtención de ofertas más ventajosas; incrementar la eficacia con la integración de la prestación en un único contrato; y optimizar la ejecución global del contrato, entre otra eficiencia. Así, simplemente el estableci-

miento de la duración de un contrato en un año prorrogable por otros periodos, en lugar de suscribir sucesivos contratos menores de duraciones inferiores, permite obtener estos beneficios, pudiendo concretar la duración total del contrato en función de cómo de satisfactorio haya sido el resultado en el plazo de duración inicial o de la evolución del mercado⁷².

Asimismo, la correcta planificación previa de la contratación permite diseñar las licitaciones haciendo uso de las distintas opciones legalmente previstas; permite diseñar la adquisición de suministros mediante algún sistema de racionalización de la contratación (acuerdos marco, etc.); permite también hacer posible una contratación pública estratégica, en los términos en que se configura en la Directiva 2014/24/UE; etc.

Por el contrario, la ausencia de planificación en la contratación pública, puede impedir o hacer imposible la correcta determinación del procedimiento contractual adecuado y conllevar un fraccionamiento irregular del objeto contractual.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en el Informe 4/2010, de 29 de octubre, sobre contratos menores, principios generales de la contratación y fraccionamiento del objeto de un contrato, indica que «en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto —o podría tenerlo, si se aplicaran los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no puedan variar de manera sustancial, que tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo y, aun así, tramita-

⁷² Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). En el mismo, se señalan algunas de las modalidades contractuales que deben sustituir el uso, o abuso, de los contratos menores: «la correcta planificación previa también puede permitir diseñar la adquisición de suministros —(...)— mediante algún sistema de racionalización de la contratación, especialmente mediante el establecimiento de un acuerdo marco, con una o con diversas empresas, o la suscripción de un contrato de suministros en que la empresa contratista se obligue a entregar bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud en el momento de suscribir el contrato —previsto en el artículo 9.3 del TRLCSP».

ra diferentes contratos menores y eludiera las normas más exigentes de publicidad y procedimiento»⁷³.

En palabras del Dictamen n.º 128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias, «la improcedencia de tal actuar, que podría evitarse si se hiciese una correcta planificación de su actividad y de la gestión contractual, con total respeto a los principios inspiradores de la contratación pública (publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores), sin duda alguna contribuiría a garantizar la utilización eficiente de los fondos públicos, una correcta planificación de las necesidades de contratación permitiría plantear diferentes opciones para cubrirlas (entre ellas, las señaladas en el art. 9.3 TRLCSP), así como ahorrar en los gastos de gestión de la contratación por una posible mejora de precios derivada no sólo por la agregación de demanda, aprovechando las economías de escala, sino también por la mayor concurrencia que permite una contratación abierta y competitiva».

5. BIBLIOGRAFÍA

- BATET JIMÉNEZ, P.: «La división del objeto del contrato en lotes». Gabilex N.º 6. Junio 2016. <http://gabilex.castillalamancha.es/>
- BATET JIMÉNEZ, P.: «Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos». Accesible el 3-9-2018 en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/recategoria.208/chk.cfe478aaaa5499e2d593bc69e8ea7fc8>
- CANDELA TALAVERO, J.E.: «El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor». Auditoría Pública n.º 53 (2011). Págs. 85 a 94.
- GALLEGO CORCOLES, I.: «El fraccionamiento del contrato y la división en lotes». Contratación Administrativa Práctica, N.º 138, Julio 2015, Editorial LA LEY.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, J.: «El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales». Revista de Derecho Local El Derecho, n.º 44. Septiembre de 2016.

⁷³ En el mismo sentido, Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 14 de junio de 2013. Accesible el 9-9-18 en http://www.madrid.org/wint_web/run/j/MostrarDocumento.icm?mime=application/pdf&tipo=tl_pdf&tabla=informe&codigo=2886

- HERRERA CAMPA, J.J., «Análisis normativo del fraccionamiento del gasto», *Revista Cuenta con IGAE, Edición y Distribución: Subdirección General de Información, Documentación y Publicaciones*, n.º13, Noviembre 2005, pág. 25.
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.^a. C.: «Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Vol. 21 (2017)*, pp. 192-228 ISSN: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M.: «La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público». *El Consultor de los Ayuntamientos*, N.º 20, Sección Opinión/Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, pág. 2425, Editorial Wolters Kluwer.
- MOREO MARROIG, T. «Los monolitos asturianos y el fraccionamiento ilegal del objeto del contrato». <http://www.administracionpublica.com/los-monolitos-asturianos/>
- MUÑOZ MACHADO, S.: «Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general». Tomo XIII Contratos del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*. 2015
- PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (Directores). «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público» (Tomo II). Editorial Bosch. Abril 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público». 1.^a Edición, enero 2018. Editorial La Ley Wolters Kluwer.
- ROJAS GUERRERO, R., «El fraccionamiento del objeto en los contratos administrativos », *Diario La Ley*, núm. 6737, Año XXVIII, 18 de junio 2007.
- SOLER MIFSUD, E.: «El fraccionamiento del objeto de los contratos en la Administración Local: nociones generales de la división en lotes. El fraccionamiento indebido del objeto del contrato». *Auditoría Pública* n.º 70 (2017), pp. 109-114.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: «El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición». *El Consultor. Contratación Administrativa Práctica Boletín* 26 de julio de 2018.