

La división del objeto en lotes

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La nueva regulación que de la contratación pública establece la Ley 9/2017 modifica una regla tradicional en el ordenamiento jurídico español al disponer la realización independiente de cada una de las partes del contrato mediante su división en lotes. Esta novedad, que responde a la voluntad manifestada de las Directivas de 2014 de facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación, plantea incertidumbre en lo que concierne a su aplicación práctica.

Señala el Considerando número 78 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, la necesidad de adaptar la contratación pública a las necesidades de las PYMES, y a tal fin y con objeto de aumentar la competencia, **anima a los poderes adjudicadores a dividir** los grandes contratos de manera cualitativa y cuantitativa.

Atendiendo estas sugerencias, el artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) ha venido a determinar 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**.

Se establece así, tras advertir que **no podrá fraccionarse** un contrato con la finalidad de **disminuir la cuantía** del mismo y **eludir los requisitos de publicidad** o los relativos al **procedimiento** de adjudicación que correspondan; la regla general de la división por lotes, sin concretar el número mínimo o máximo que se tiene que licitar.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

G A _ P

Esta regla conoce no obstante **excepciones** y admite modulaciones en su puesta en práctica. Por ejemplo, el propio artículo 99 LCSP permite que el órgano de contratación decida **no dividir en lotes el objeto del contrato**:

- Debiendo justificar tal decisión en el expediente de contratación ex artículo 116.4 apartado g) LCSP.

- Y siempre que **existan motivos válidos**¹ (que deberán justificarse debidamente en el expediente), tales como:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. Para poder aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar con carácter previo un informe a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que ésta se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) Que se dé la circunstancia de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato tenga como consecuencia dificultar la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; circunstancia que debe acreditarse en el expediente de contratación.

c) Que resulte 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. Este extremo debe ser debidamente justificado en el expediente.

La división del contrato en lotes se configura así en la nueva Ley como una **regla general** que admite excepciones – cuando se justifique su inadecuación al contrato determinado por alguna de las razones expuestas – y permite también la introducción de ciertas modulaciones, que la norma pone en manos del órgano de contratación².

¹ “Salvo en los casos de contratos de concesión de obras” dice el artículo 99.3.2 LCSP. La previsión contenida en la LCSP al respecto, que se limita a señalar la excepción reseñada, ha sido interpretada por la mayoría de los autores como una prohibición expresa de excepcionar la división del contrato en lotes cuando se trate de un contrato de concesión de obras.

² La discrecionalidad que se reconoce al órgano de contratación para la configuración del objeto del contrato, decidida la división, no es total, como resulta de la reciente Resolución 124/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que advierte que la decisión de división deberá acompañarse de una motivación adecuada y razonable del número de lotes y su distribución.

Así, por ejemplo, para aquellos supuestos en los que **sí** se proceda a la división en lotes del objeto del contrato, el órgano de contratación podrá:

1. Introducir (debiendo indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares) las siguientes **limitaciones**³, en el expediente:

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** (cuando se introduzca esta limitación además deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación 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).

2. 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 cuarta⁴.

³ Salvo lo que disponga el pliego de cláusulas administrativas particulares, a efectos de las limitaciones previstas en las letras a) y b) anteriores, en las uniones de empresarios serán estas y no sus componentes las consideradas candidato o licitador.

⁴ La DA4ª permite fijar, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, **porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido**, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100. La misma disposición prevé que el Acuerdo de Consejo de Ministros se adopte en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

G A _ P

Igualmente se podrán **reservar lotes** a favor de las entidades a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición⁵.

Por otro lado, el artículo 99.5 prevé la posibilidad de que el órgano de contratación permita la adjudicación de más de un lote al mismo licitador – frustrando en cierta medida la finalidad divisoria que la norma se propone – mediante la configuración de una **oferta integradora** de los lotes, siempre y cuando se cumplan 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 cumplirían 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.

⁵ Los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera dicha DA48 contempla, a organizaciones que cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero.
- b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.
- c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.
- d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

La duración máxima del contrato que se adjudique de acuerdo con lo dispuesto en esta disposición adicional no excederá de tres años y en el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se hará referencia a la presente disposición adicional

Esta última exigencia, la acreditación de la solvencia o clasificación correspondiente al conjunto de lotes por los que se licite debe ponerse en relación con el artículo 87 LCSP, que establece que la **solvencia económica de los contratistas se determina en función de cada lote**. Ello es así porque, como se señaló *ut supra*, la finalidad de esta novedosa regulación no es otra que la de permitir el acceso de las PYMES a la contratación pública. También por eso el artículo 116.2 LCSP dispone que **la garantía provisional se fijará en función de la cuantía de cada lote**, para facilitar el acceso de las pequeñas empresas.

Sin embargo y para evitar la elusión de los requisitos de procedimiento y publicidad, el artículo 99.6 dispone que cuando se proceda a la división en 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**, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2 (preceptos que concretan los contratos sometidos a regulación armonizada).

Por último y como cierre de todo lo anterior, el apartado 7 del mismo artículo 99 establece que, en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, **cada lote constituirá un contrato**, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.