

Nº 18
Segundo trimestre 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

EL OBJETO DEL CONTRATO PÚBLICO Y SU DIVISIÓN

José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho.
Funcionario con Habilitación de Carácter Nacional

Resumen: Uno de los objetivos que a nivel comunitario y con causa en la Estrategia Europa 2020, se ha buscado con la nueva regulación española de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es facilitar la promoción de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) como adjudicatarias de los contratos públicos. Suponiendo esto que hoy la regla general es preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, y para ello que hoy sea el poder adjudicador quien tenga por obligación, estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, basándose en las razones que estime oportunas gozando de la facultad discrecional para acordar justificadamente esa división del contrato.

Summary: One of the objectives that at the community level and with cause in the Europe 2020 Strategy, has been sought with the new Spanish regulation of Law 9/2017 of November 8, Public Sector Contracts, is to facilitate the promotion of small and medium-sized companies (PYMES) as winners of public contracts. Assuming that today the general rule is to foresee the independent realization of each of its parts through its

division into lots, and for that purpose it is now the contracting authority who has an obligation to study the convenience of dividing the contracts into lots, based on the reasons that it deems appropriate, enjoying the discretion to justifiably agree to this division of the contract.

Palabras claves: División, objeto, contrato, fraccionamiento, Directiva, discrecionalidad, lotes.

Keywords: Division, object, contract, fractionation, Directive, discretion, lots.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACION PÚBLICA.- II.1.Objetivos: La división en lotes y fomento a las Pymes.- III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.- IV. EFICACIA DIRECTA DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE.- V. LA NUEVA REGULACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017.- V.1. El objeto del contrato.- V.1.a/. La regla general de la división en lotes.- V.1.b/. La discrecionalidad de la Administración.- VI. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Elemento fundamental en el contrato público es su objeto. Elemento que ha de mantenerse rodeado de una serie de características y fines que determinen la necesidad de su análisis por la trascendencia que su respeto provoca en la tramitación de todo el expediente de contratación. Esta razón impone analizar su fraccionamiento y la opción de la división en lotes en la nueva regulación sin perder de vista el respeto a los principios generales, así como a los distintos pronunciamientos que al respecto se generan desde instancias jurisprudenciales comunitarias.

En este análisis se tomarán en cuenta básicamente dos elementos, el régimen jurídico nacional y europeo y la doctrina del TJUE mantenida y respetada por los tribunales administrativos de contratación pública. Regulación que a día de hoy toma carta de naturaleza en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, 2014/24/UE, sobre contratación pública, 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en 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 2017) y que según proclama la exposición de Motivos de la LCSP2017: “en la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e

integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos". Destacándose igualmente la preocupación comunitaria para favorecer un escenario favorable a las pymes en la contratación pública que llevó a las instituciones comunitarias a decisiones como el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones "Normativa inteligente para las pymes" (2017/C 342/08)"instar a las autoridades públicas de todos los niveles a que garanticen que sus licitaciones son favorables para las pymes y las empresas emergentes en lo que se refiere tanto a sus condiciones de admisión como a las modalidades de pago mediante la adaptación de las garantías exigidas a las características de las pymes, la reducción de los plazos de pago y el refuerzo de la disciplina de pago; pide a las autoridades públicas de todos los niveles que se comprometan a aplicar normas comunes de contratación que favorezcan a las pymes (30)" (DOUE de 12 de octubre de 2017).

Partamos del contenido del considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE que reconoce que "el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial". A partir de este reconocimiento dispone la Administración de la facultad discrecional para acordar justificadamente, dividir el contrato en lotes o no.

II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACION PÚBLICA.

1. Objetivos: La división en lotes para el fomento a las PYMES.

La nueva regulación sobre la contratación tiene, entre otros, por objetivo facilitar la promoción de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) como adjudicatarias de los contratos públicos. Para ello que se busque crear una “mejor atmósfera” dice la Exposición de Motivos, para el desenvolvimiento y la competitividad de estas PYMES ante los problemas que encuentran por su dimensión y los importen de los grandes contratos públicos que por su gran proporción sobrepasen la capacidad limitada de las PYMES. Ésta es una de las razones por las que se considera que “parece también lógico que la división del contrato en lotes más pequeños, tal y como propone el artículo 46.1, puede ser un factor que contribuya a resolver este problema” y así que se adopten importantes medidas de protección de su participación efectiva en la licitación de contratos públicos. No se trata de favorecer a las PYME burlando los principios de igualdad, no discriminación y competencia, sino de adoptar medidas que puedan favorecer su participación en las licitaciones con posibilidades de ser adjudicatarias de los contratos que se licitan”.

Reforma normativa cristalizada en 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 (LCSP2017) apoyada en este giro instrumental y estratégico de la contratación que, entre otros fines, busca favorecer este acceso de las pymes. Si en los últimos tiempos la normativa estaba orientada hacia la centralización de los contratos y la complejidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos limitaba a los operadores económicos más modestos, hacía que tan solo grandes empresas llegaran por su capacidad a

participar en las licitaciones y ser adjudicatarias de los contratos públicos. El efecto de esta realidad fue un desplazamiento a un segundo plano de las pymes que “constituyen una pieza esencial del tejido productivo en los Estados miembros. La toma de conciencia de este problema ha conducido a introducir reformas en los últimos años con el fin de favorecer el acceso de las pymes a la contratación. En esa línea la nueva Ley favorece la división en lotes, simplifica los procedimientos de adjudicación, facilita la integración de la solvencia, entre otras muchas medidas orientadas a lograr este fin”. En este sentido, cabe traer a colación la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que en sus considerandos (59) y (78) manifiesta que: “(59) En los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME. (78) Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite

la participación de las PYME. A tal efecto y 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 posteriores de los proyectos". Dicho esto, la Directiva continúa prohibiendo el fraccionamiento del objeto de los contratos, en su considerando 20 al manifestar que: "A los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo, estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada".

Resulta pues que en su art. 5.3 de la Directiva 2014/24/UE, en relación a los métodos de cálculo del valor estimado de la contratación, dispone que la elección del método para calcular el valor estimado de

una contratación no se efectuará con la intención de excluir ésta del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Una contratación no deberá fragmentarse con la intención de evitar que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a menos que esté justificado por razones objetivas. Quizás como conclusión al concepto de “unidad operativa o funcional” es que no existen criterios generales o más bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, en el que hay que acudir a la casuística para determinar si existe o no la unidad funcional y, por tanto, si se produce un fraccionamiento indebido del objeto del contrato. De lo expuesto en este apartado, a mi juicio, el criterio que menos margen de error provoca es considerar que debe evitarse el fraccionamiento del objeto del contrato si con ello da lugar a un procedimiento de selección distinto, sin embargo es actualmente más correcto realizar un procedimiento acumulando los importes de la prestación y, determinado el procedimiento de selección, dividir por lotes el contrato con la finalidad de dar más opción a las PYMEs, pero no evitar la publicidad y concurrencia, porque, como hemos visto, la línea que marca lo correcto de lo incorrecto estriba, fundamentalmente, en la publicidad y concurrencia” .

Por su parte la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) consideró además 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 que en el supuesto que contempla el artículo 86.3 se disponga “siempre que (...) así lo exija la naturaleza del objeto”. A mayor abundamiento esta interpretación viene avalada por el nuevo enfoque que la Directiva 2014/24/UE introduce para la división en lotes (en su artículo 46). Ésta entró en vigor en abril de 2014 y forma parte del

“nuevo contexto”. De hecho, la misma en su considerando (2) explica que ésta es el resultado de una revisión de las normas de contratación comunitarias que trae causa de la Estrategia Europa 2020, por lo que tiene entre sus objetivos el facilitar la participación de las PYMEs en la contratación pública. La Directiva 2014/24/UE en sus considerandos aclara que “debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de la PYME (...)”. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes (...)”, salvo cuando “(...) 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” (considerando 78) (Informe nº12/15, de 6 de abril de 2016, JCCPE). División que no obstante, supone que el “diseño y la regulación en los pliegos o documentos que rigen las licitaciones de los procedimientos de contratación pública, de la división en lotes del objeto de los contratos, así como de la limitación del número de lotes al cual las empresas pueden presentar ofertas y del número de lotes de los que pueden resultar adjudicatarias, se debe efectuar teniendo en cuenta, aparte de, lógicamente, el objeto y el volumen de los contratos, aspectos tales como la tipología o el fundamento de la división del objeto del contrato (lotes por funcionalidades, por criterios geográficos, por umbrales o franjas económicas, etc.), el sector a quién se dirige la licitación, así como el perfil y la tipología de empresas llamadas a participar” (Informe nº 19/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña de 17 de diciembre de 2014).

Aportando MARTINEZ FERNANDEZ, vista la regulación de las Directivas comunitarias, "la posibilidad de limitar el número de lotes a los que se podrían presentar las empresas ya había sido admitido en nuestro país en el informe de la Abogacía del Estado de 28 de julio de 2006, que en cambio no consideraba posible concurrir a todos los lotes y limitar los que se puedan adjudicar a la misma empresa, que ahora ya permite la Directiva. En estos momentos entendemos que es obligatorio justificar la decisión de no fraccionar en lotes un contrato, pues la regla general que establece de manera clara el art. 46 de la Directiva. Así lo entiende el informe del TARC de 1 de marzo de 2016 que consideró de aplicación directa el art. 46, señalando la decisión de articular lotes es una regla o principio de alcance general, y que, si bien no se puede exigir en todos los contratos, es necesario justificar expresamente la no división en lotes. Por lo tanto, no es ya sólo una «buena práctica recomendable», coma apuntaba el Informe de la JCCA de Cataluña nº 19/2014, una medida imperativa cuyo quebranto ha de estar expresa y objetivamente motivado. Este mismo órgano consultivo, en su Informe nº 2/2016, de 6 de abril, concluyó que «la división en lotes del objeto del contrato, siempre que sea posible, constituye la regla general, teniéndose que justificar en el expediente la decisión de no hacerlo».

Medidas de fomento a las PYMES que no deben hacernos olvidar que resultará "más importante la manera de proceder de los poderes adjudicadores hacia la PYME que las medidas legislativas concretas que se puedan establecer en la Ley" instando la doctrina a que " los poderes adjudicadores deberían establecer planes de actuación que permitieran un mejor acceso de la PYME a la contratación pública, aprovechando los límites legales" alentando los considerandos de la Directiva de Contratación a los poderes adjudicadores a aplicar el

Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el este acceso de las PYME a los contratos públicos.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Resulta destacadísima la función de armonización que la doctrina del TJUE está consolidando hace años para vertebrar la aplicación al sector de la contratación de unos principios generales, que llevan como apuntara GIMENO FELIU “en la lógica de una correcta transposición de las Directivas europeas de contratación, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebrar el sistema. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos”.

Esta circunstancia juega asimismo como premisa para la aplicación directa en este caso, de las previsiones de la nueva regulación resultante del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública (Resolución nº

600/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) que consideró en el caso particular que “siendo el objeto del contrato las distintas prótesis de cadera y rodilla a las que se refieren cada uno de los lotes en los que se divide este acuerdo marco, no cabe entender que un concreto elemento de los que integran la configuración de la unidad que constituye una prótesis, en este caso el cemento, pueda ser estimado como una unidad funcional susceptible de aprovechamiento separado y de conformar por su parte, de manera autónoma, un nuevo lote en la contratación”, aunque sin olvidar el amplio margen de discrecionalidad del que goza el órgano de contratación (Resolución nº 991/2015 del TACRC) para determinar, como analizaremos más adelante, los requisitos técnicos de la prestación que se pretenda contratar, a fin de garantizar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos (en el mismo sentido sus Resoluciones nº548/2014, de 18 de julio, nº 756/2014 y nº 250/2015, de 23 de marzo; la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid y el Informe 2/2009 de la Junta Consultiva de Navarra).

La LCSP2017 como se ha adelantado, pasa a estipular la regla de la división en lotes en su artículo 99.3, manifestando 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 cuarta. No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”, para añadir

a continuación una enumeración de motivos válidos para justificar la no división en lotes del objeto del contrato.

Tan solo señalar por lo que hace a la nueva regulación del contrato menor que en el proyecto de ley, para hacer efectivo objetivos como la buena administración y preservar la transparencia en la contratación pública mediante un control preventivo útil, rápido e independiente, se propugnó por MARTÍNEZ FERNÁNDEZ y el Observatorio de Contratación Pública tanto la extensión del recuso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y no tan solo a los contratos de importe armonizado, como aconsejar se señalaran los requisitos de publicidad para ese contrato menor y evitar su abusiva utilización (en muchas ocasiones como contratación directa) además de delimitarse la fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador. De esta manera que tras el alumbramiento de la LCSP2017, este mismo autor, advirtiendo las limitaciones que sobre esta figura venían de la UE , reclamase expresamente a nuestro legislador, reforzar la transparencia y reducir significativamente la contratación directa y el negociado sin publicidad, por sus consecuencias en aumento del gasto de las administraciones públicas y una competencia limitada de las empresas de los demás países de la UE, reclamando esa misma transparencia en la contratación pública, pues una baja tasa de publicaciones de los anuncios de contratos, se traduce con frecuencia en adjudicaciones directas.

En los mismos términos por vulnerarse principios generales de la contratación por no haber licitación y con el abuso de la utilización de los contratos menores, citar las SSTJUE de 18 diciembre 2007, asunto C-220/06, Comisión contra España, de 16 abril de 2015, asunto C-278/14, de 6 de octubre de 2016, asunto C-318/15, a pesar de optar por una interpretación generosa, con

amplio margen de apreciación a favor de la consideración del interés comunitario. Recordándose por este autor, las advertencias desde distintos órganos sobre el mal uso de los contratos menores para evitar casos de corrupción, mediante la división del objeto, que podría dar lugar a supuestos de prevaricación por evitar aplicar las reglas generales de la contratación (SSTS de 30 de abril de 2015, de 1 de julio de 2015; SAP de Granada 5 de mayo de 2017, SAP de Cáceres, 135/2015, de 27 de Marzo de 2015, el Dictamen nº 128/2016, de 21 de abril del Consejo Consultivo de Canarias; Informes de la JCCAE nº 1/09, de 25 de septiembre de 2009 y nº 2/2016, sobre la unidad funcional que no pueden ser fraccionadas; o Informes del Tribunal de Cuentas nº1.046, de 24 de julio de 2014 y nº 1.151/2016, de 27 de abril de 2016).

De esta manera que se declarase competente por la cuantía para conocer de un recurso contra la adjudicación de un contrato menor, un Tribunal de recursos, no por el contrato menor en sí, sino por considerar que el objeto del recurso consistía precisamente en que se declarase se había producido un fraccionamiento del contrato principal, cuyo valor estimado debe ser considerado, en tal caso, como el parámetro para determinar esa competencia (Resolución nº 4/2017, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y Expediente nº 45/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado-JCCPE).

Queda pues asentada la base del influjo de la normativa comunitaria que se impone en nuestra regulación contractual como señalara MORENO MOLINA “una nueva perspectiva desde la que contemplar toda la normativa española sobre la contratación pública. En efecto, el Derecho europeo persigue como objetivo básico asegurar la transparencia, la objetividad y la no

discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada”, lo que nos induce a reducir y justificar el uso de procedimientos excepcionales, como el contrato menor y el procedimiento negociado.

IV. EFICACIA DIRECTA DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE.

Siendo nuevo el criterio como regla general para la división del objeto del contrato en lotes, antes de conocer los pronunciamientos de los tribunales administrativos de contratos, es necesario saber de la denominada “fuerza jurídica” de las nuevas Directivas de contratación pública de las que deriva que, antes de su plazo de su transposición (18 de abril de 2016) fuera necesaria conocer la interpretación conforme a las mismas del marco nacional , como bien realizó el Acuerdo 37/2014, de 30 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) o en la Resolución nº 123/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPMad), de 16 de julio de 2014 al utilizar el concepto de riesgo operacional para delimitar cuando existe una concesión de servicios, regulada en la Directiva 23/2014, de concesiones, siempre con el objetivo de no realizar una interpretación que pudiera frustrar la finalidad (obviamente futura) de las Directiva y que no se comporte como una interpretación “contra legem” (Informe nº7/2014, de 13 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

Para ello acudamos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su Recomendación de 15 de marzo de 2016 sobre la aplicación a partir del 18 de abril de 2016 de determinados aspectos de las

Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, dirigida a los órganos de contratación, fecha en que aún no se había procedido a su completa transposición, con excepciones puntuales (como la acreditación por el empresario de su solvencia económica y financiera (incorporada a través del Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía); la nueva regulación de las prohibiciones de contratar; y la nueva regulación de la responsabilidad del concesionario, según la idea de la asunción del riesgo operacional por aquél (ambas cuestiones, a través de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público); y la nueva regulación de los contratos reservados a centros especiales de empleo, empresas de inserción o que se ejecuten en el marco de programas de empleo protegido (a través de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de auto empleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social), para facilitarles, con este criterio interpretativo, la aplicación de las mencionadas Directivas, recordando su efecto directo según previsiones de la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004).

De manera que al terminar el plazo de transposición se les brindara a los particulares su posible invocación ante la jurisdicción nacional, cumpliendo unos requisitos acumulativos, que implicaran que la ausencia de uno de ellos, impedía automáticamente la aplicación directa del precepto (STJUE de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, 41/74 y según el Informe nº 5/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias). Requisitos como que la disposición sea lo

suficientemente clara, el precepto invocado sea lo suficientemente preciso en cuanto al derecho que otorga al particular o la obligación que impone al Estado y que establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición, resultando incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación (STJUE Kafer y Procacci, de 12 de diciembre de 1990).

Recomendación que también hizo llegar a Baleares a los órganos de contratación de esta Comunidad Autónoma y su sector público instrumental, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en su Recomendación nº 1/2016, de 30 de junio, sabiendo que una vez "transcurrido el plazo para transponer una Directiva sin haberlo hecho, las normas de derecho interno deben interpretarse a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate, a fin de alcanzar los resultados que persigue" (SSTJUE de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, dictada en el asunto C- 91/92 y de 4 de julio de 2006, Adeneler i altres, dictada en el asunto C-212/04).

Sobre este efecto directo de las Directivas, la Instrucción nº 1/2016 de la Dirección General de Contratación Pública de la Generalidad de Cataluña, según acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, de 6 de abril de 2016, aprobó el Informe nº 1/2016 en el que se concretó, entre otras materias, que las disposiciones de las directivas mencionadas eran de directa aplicación: " 7. Lotes. 7.1 En los contratos en que no exista división por lotes, se deberá incluir en el expediente un informe que justifique los motivos, y hacerlo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 7.2 En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se podrá establecer un número máximo de lotes a los que una misma empresa

puede licitar, o limitar el número de lotes que se pueden adjudicar a un único licitador. En este último caso, será necesario que se establezcan los criterios para determinar para qué y a cuántos lotes se puede limitar la adjudicación a una única empresa".

Por su parte el Gobierno de Canarias, a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe nº 5/2016) recordó que por su naturaleza "las Directivas, como regla general, no tienen aplicabilidad directa, es decir, no son susceptibles de afectar directamente al patrimonio jurídico de los particulares, pues requieren, en todo caso, de medidas de transposición por el Estados miembros, frente a los Reglamentos que sí resultan de directa aplicación. A pesar de lo anterior, en determinadas circunstancias y con ciertos límites jurisprudencialmente delimitados, una directiva puede desplegar efectos directos, en aquello que beneficie a los particulares, facultándoles para que invoquen los derechos que tengan a su favor frente al Estado (efecto directo vertical ascendente). Con carácter general, resultarán de aplicación directa, aquellos aspectos de la regulación de las directivas que resulten claros, y que no requieran acto alguno de concreción, como lo son, por ejemplo, los artículos 1 a 10 de la Directiva 2014/24/UE, relativos al objeto de la misma y ámbito de aplicación, las definiciones, los importes de los umbrales y la redacción dada por el Reglamento delegado (UE) 2015/2170, de la Comisión de 24 de noviembre de 2015, a los métodos de cálculo del valor estimado de la contratación...acordando en su resumen de normas que resultaban directamente aplicables como el artículo 46, apartados 1 y 2, pero "no así, el apartado tercero relativo a ofertas integradoras que precisaría de un acto de transposición porque se trata de una opción para los Estados miembros; ni el apartado 4, que recoge la posibilidad de que los Estados miembros puedan hacer

obligatoria la adjudicación por lotes separados, pues requerirá de transposición".

"Anticipación jurídica" al menos con valor interpretativo, que fuera admitida por el propio TJUE, en la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C 470/13), apartado 37, y que sirvió de criterio a la Abogacía del Estado en su Informe nº 3/2015, de 27 de enero de 2015, para concretar que "c) El plazo de transposición de una Directiva impone obligaciones de carácter positivo a los Estados destinatarios. En relación con estas obligaciones, la jurisprudencia del TJUE tiene declarado que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 288 TUE, apartado 3, y por la propia Directiva (sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48; de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72195, EU:C:1996:404, apartado 55, e Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 40). De esta obligación se deriva que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para que, al expirar dicho plazo, se hubiera alcanzado el resultado prescrito por la Directiva (sentencias Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 44 y Stichting Natuur Milieu y otros, anteriormente citada, apartados 84 y 85)". También debemos citar la interpretación que efectuó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe nº19/2014, de 17 de diciembre, sobre Previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE. Análisis de su aplicabilidad que en relación a la posibilidad de articular lotes (artículo 46 de la Directiva 24/2014), se defiende en términos como que "la opción de limitar el número de lotes al cual las empresas pueden presentar ofertas y el número de lotes a los que pueden resultar

adjudicatarias, son plenamente aplicables en la actualidad, en tanto que no contravienen el régimen jurídico vigente en materia de contratación pública, tanto comunitario como interno –más teniendo en cuenta que su aplicabilidad no se deja a elección de los estados miembros, tal como se desprende de la dicción literal de la Directiva, al hacer referencia a que “los poderes adjudicadores podrán”, “precisarán”, “estarán facultados”. De hecho, estas previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/CE no hacen más que confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad al derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones sobre este aspecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para “animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes” con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública (considerando 78 de la Directiva 2014/24/CE)”.

V. LA NUEVA REGULACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017.

1. El objeto del contrato.

a) La regla general de la división en lotes.

Dispone el artículo 99.1 LCSP2017 que “el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado” ,“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”. Este reconocimiento normativo

supone transponer a la contratación pública, la regulación para todo tipo de contratos establecida en el artículo 1273 del Código Civil, al reconocer que "el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes", y cuya ausencia o falta de determinación redundará en nulidad del contrato por vicio sustancial del consentimiento.

Así en el Acuerdo nº3/2016, de 8 de enero de 2016 del TACPA, interpuesto un recurso especial frente a la adjudicación de un contrato de suministro y distribución de material informático no inventariable, recordó su Acuerdo nº 91/2015, de 28 de septiembre, al acordar que es a " la luz de los principios de libertad de acceso de los licitadores, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos como deben redactarse e interpretarse los pliegos de prescripciones técnicas", y con estos parámetros saber que "las prescripciones técnicas incluyen aquellas instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación objeto del contrato, singularmente en el caso de los contratos de suministro como el que es objeto de recurso, se refieren a los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los estándares mínimos que debe reunir dicho producto, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Estas prescripciones técnicas contenidas en los pliegos son las únicas a las que deben atenerse los poderes adjudicadores a la hora de adjudicar. Ahora bien, el órgano de contratación, teniendo en cuenta estos parámetros interpretativos, goza de libertad para definir y determinar el objeto del contrato para satisfacer, del modo más eficaz y eficiente, las necesidades que se le planteen".

En esta línea para SANTIAGO FERNANDEZ que “el análisis artículo 99 de la LCSP 2017 no lleva a resaltar una supresión, que a mi juicio sí es importante y es la referencia a la configuración de los lotes que hacía el artículo 86 del TRLCSP exigiendo para ello que «estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional». Esta supresión implica que la LCSP 2017 a la hora de dividir el objeto del contrato en lotes a lo que presta atención es a la naturaleza del objeto del contrato según éste sea o no divisible pero ya no se exige además que a la hora de configurar cada uno de los lotes, estos constituyan una unidad funcional o sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado”. En relación a la posibilidad de fraccionamiento del contrato y división de lotes, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado optó por aclarar en su Informe nº 69/08, de 31 de marzo de 2009 que no podrán contratarse por separado prestaciones que se integren en un solo objeto por razón de su propia naturaleza o porque consideradas conjuntamente sirven a la funcionalidad de la prestación contractual, que no podría lograrse si no concurrieran todas ellas. Por el contrario, sí pueden ser objeto de contratación independiente aquellas prestaciones que, aun cuando de naturaleza similar, no tengan entre sí una unidad funcional de la que se derive la imposibilidad de contratar la una sin la otra. La idea fundamental, que debe regir la posibilidad o no 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. Fuera de estos casos la contratación por separado de prestaciones que puedan guardar alguna relación entre sí, no deberá ser considerada como fraccionamiento del contrato, como

tampoco deberá considerarse vetado por la Ley el fraccionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en que no origine alteración de las normas. La LCSP 2017 sólo establece dos posibles motivos para justificar la no división en lotes. En consecuencia, la configuración del objeto del contrato y su división en lotes parte de la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y funcionalidades". Además, hoy, y como novedad, "se dispone que el objeto del contrato se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única, especialmente en aquellos contratos en los que puedan incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Si bien, esta posibilidad ya figuraba en el TRLCSP al regular los pliegos de prescripciones técnicas, ahora se hace hincapié en dicha posibilidad y se traslada también al objeto del contrato, como una forma idónea para introducir aspectos de innovación". No olvidar que cerrar todos los lotes a favor de empresas sociales vulnera el fundamento de las previsiones europeas al expulsar del mercado a las Pymes que trabajan en este sector (Resolución nº 62/2017 del TACPA).

b). La discrecionalidad de la Administración.

Visto el artículo 1 LCSP2017 y los principios de eficiencia y buena administración, así como el respeto a la sostenibilidad, el objeto de las necesidades administrativas deberá cubrirse por el órgano de contratación y no por el recurrente (Resolución nº109/2018, 25 de abril, FD5, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, TARCAnd). Así pues, a la vista del objeto

contractual y de las necesidades administrativas que el mismo trata de satisfacer, no tendría cabida el alegato de un recurrente acerca de “que los fungibles a licitar no cubren todas las necesidades de la Administración, puesto que no corresponde a la recurrente realizar este tipo de apreciaciones. De acuerdo con el artículo 22.1 del TRLCSP, son las entidades públicas contratantes las que deben determinar 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. Y en el supuesto analizado, la justificación técnica de tales necesidades y de la unidad de objeto para su satisfacción está precisada suficientemente en el apartado 5.3 del cuadro resumen del PCAP, anteriormente transcrito. En este punto, hemos de acudir a la doctrina acuñada por este Tribunal (Resoluciones nº295/2016, de 18 de noviembre y nº203/2017, de 13 de octubre) conforme a la cual es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate. Y es que, como asimismo señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 244/2016, de 8 de abril), el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y

siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la Administración, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación". Por ello, señala el citado Tribunal que "la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración persigue", siendo doctrina respaldada por la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15).

En fin que la nueva regulación se caracteriza porque ahora la regla general es preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, además "teniendo en cuenta el tasado carácter de las limitaciones que puedan introducirse junto con la decisión de dividir un contrato en lotes, debemos concluir, que, desde la entrada en vigor de la nueva Ley, resulta plenamente admisible la presentación, en un mismo procedimiento, de ofertas por parte de las empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, sin que exista restricción alguna de la potencial adjudicación de los lotes a las ofertas presentadas por dichas empresas y sin que tales restricciones puedan ser establecidas por los órganos de contratación".

Regulación a la que agregar el contenido del expediente del contrato, y que el artículo 35 LCSP2017 se refiere a "los contratos que celebren las entidades del sector público". Contenido que "salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones: c) Definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación". Previéndose 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 “ (artículo 116.2 LCSP2017).

Por tanto, vista la nueva regulación del objeto del contrato, sobre el proyecto de LCSP2017 recordar que el Consejo de Estado (Dictamen nº 1.116/ 2015, de 10 de marzo de 2016) advirtió que la regla pasa a ser ahora, cuando el objeto del contrato admita ser fraccionado, su división en lotes, siendo un cambio relevante respecto de la regulación precedente que obedecía a la convicción expresada por los considerandos 77 y 78 de la Directiva 2014/24/UE. Si bien, que advirtiera el propio Consejo de Estado, el peligro de que esta 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”. Discrecionalidad para conformar la prestación a contratar que , manifestó la Resolución nº 249/2016, de 14 de octubre, del TARCAAnd, “no puede ser en modo alguno sustituida por la voluntad de los licitadores, puesto que estos no intervienen en la fase previa de determinación del alcance y extensión de las necesidades públicas -lo cual solo compete al órgano de contratación-, sino únicamente en la fase posterior de satisfacción de dichas necesidades a través de la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa y en la posterior ejecución de la prestación. Además, la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación no supone en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate”.

Discrecionalidad técnica también reconocida por la JCCPE que consideró que con carácter general le corresponde al órgano de contratación decidir si para dar satisfacción a varias necesidades tramita uno o varios expedientes de 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 contrato. En este sentido encaminó su doctrina manifestada en sus Informes nº 31/12, de 7 de mayo, nº1/09, de 25 de septiembre, nº16/09, de 31 de marzo de 2009, nº57/09, de 1 de febrero y nº 69/08, de 31 de marzo) “en el sentido de que esta norma tiene por objeto tratar 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”. Discrecionalidad técnica sobre la que la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos (Resoluciones nº 138/2012, nº 143/2012, nº 187/2012 o nº 227/2012 del TACRC).

Esta faculta discrecional se prevé además en el Considerando 78 de la Directiva 2014/4, cuando afirma que “el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”. Ahora bien, no se entiende muy bien el fundamento del mismo, puesto que “hay una posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia. Conviene apuntar que la Directiva 2014/24, en el artículo 5.2,

introduce una consideración importante, al exigir que cuando un poder adjudicador esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas ellas, salvo que se trate de una unidad funcional separada que sea responsable de manera autónomo respecto de su contratación, consideración que se deberá transponer a nuestra legislación". Siendo necesaria la debida justificación para la que la doctrina del Tribunal Supremo es contundente por cuanto "el legislador va más allá de lo que ordinariamente se entiende como el deber de "motivar" determinadas actuaciones de la Administración; y ello, no solo porque el precepto habla de "justificar" y no de "motivar o motivación", sino porque a dicho verbo le acompaña el adverbio "debidamente", lo que indica que no basta con que se haga explícita referencia a que se dan los supuestos de hecho de la norma, sino que además es preciso que tales supuestos de hecho queden acreditados de manera suficiente», considerando la jurisprudencia que la omisión de esta justificación constituirá un vicio de anulabilidad.

Además de saberse que esta discrecionalidad supone poder acordar la no dividir el contrato en lotes y como poder adjudicador actuar dentro de su libertad para la configuración del contrato, sin infringir los límites de la misma. Fue éste el acuerdo del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Resolución nº17/2018, de 30 de enero) para un contrato de servicios de la recogida y transporte de residuos domésticos y asimilables, argumentando su decisión mediante informe con base en la "optimización y eficiencia del servicio, en una organización coherente, una responsabilidad única, aclarando también que no supone una restricción de la competencia, ni merma la participación de pequeñas empresas", abrazando de esta manera los motivos para la no división referido a extremos que facilita el ya mencionado Considerando 78

de la Directiva 2014/24, esto es, hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico y 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. En este sentido recordar el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Expediente nº 39/18) toda vez que analizando contratos de campañas publicitarias y el posible fraccionamiento de su objeto, dictaminó que acordar la actuación separada de cada campaña “a los efectos de que opere la limitación mencionada deberá verificarse a la luz de la existencia o no de vinculación operativa entre ellas. Resultando que “la determinación de estos aspectos exige una labor individualizada de cada órgano de contratación atendiendo a los diferentes aspectos que conforman las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, de modo que “la separación operativa y funcional de las campañas puede permitir un tratamiento independiente mientras que un fraccionamiento cuyo único objeto fuese separar contratos que debieran estar unidos con el fin de burlar las reglas de publicidad o de procedimiento será ilícito”.

VI. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES.

En su búsqueda de la transparencia, la nueva regulación comunitaria, prevé la intencionalidad a la hora de la división del objeto. Así, en el artículo 5.3 de la Directiva 2014/24/ de 26 de febrero de 2014 establece que “la elección del método para calcular el valor estimado de una contratación no se efectuará con la intención de excluir ésta del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Una contratación no deberá fragmentarse con la intención de evitar que entre en el ámbito de

aplicación de la presente Directiva, a menos que esté justificado por razones objetivas". Intención elusiva que por el contrario no fue exigida en la Resolución nº 571/2016, de 15 de julio del TACRC, interpretando el Tribunal que para que se produzca un fraccionamiento indebido basta la división de un contrato cuyo objeto fuera único (STJUE de 11 de julio de 2013. Asunto T-358/08). Este fraude se podrá evitar fomentándose la práctica de la concurrencia competitiva y utilizando el perfil de contratante para darle publicidad.

No obstante lo dicho, sí podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en la ley (artículo 13 LCSP2017), cuando 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.

Sobre el valor estimado de los contratos (artículo 101 LCSP2017) la JCCPE en su Expediente nº 9/18 para su adecuada interpretación del artículo 101 LCSP2017, consideró que visto el contenido de su apartado 6: "cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales. No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate. En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato ", y 12 que "cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros destinados a usos idénticos o similares

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. Igualmente, cuando una obra o un servicio propuestos puedan derivar en la adjudicación simultánea de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios por lotes separados, deberá tenerse en cuenta el valor global estimado de todos los lotes ", sobre el concepto de unidades funcionales, a la luz del Considerando 20º y del artículo 5.2 de la Directiva 24/2014, en los supuestos en estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté cualificada por gozar de una financiación específica y de competencia para celebrar un contrato, cabrá estimar los valores, como dice la ley "al nivel de la unidad de que se trate" así como que " aunque la misión del artículo 101 no sea la de determinar cuándo los contratos deben abarcar unas prestaciones u otras, lo cierto es que la existencia de una unidad funcional separada y autónoma supone que los contratos que la misma licite tengan una sustantividad propia con respecto al resto de los contratos de la entidad pública a la que pertenecen. Esto significa que estamos en presencia de contratos que licita un órgano que tiene competencia propia y una dotación presupuestaria específica, lo que indica que, como señala la Directiva, celebra el contrato de manera independiente y lo financia con cargo a un presupuesto del que dispone, y no realiza simplemente una licitación de manera descentralizada. Por esta razón en estos supuestos no tendría ningún sentido que, existiendo una unidad funcional dotada de autonomía, los contratos que celebre deban incluirse en un contrato mayor de la entidad pública en la que están integrados. Por el contrario, en estos supuestos lo que procede es que la unidad funcional licite su contrato de forma independiente y que las prestaciones que son propias del mismo no se integren como lote en otro contrato licitado por un órgano diferente. Teniendo en cuenta lo anterior,

se trataría de un contrato distinto y autónomo, de modo que su valor estimado no debe confundirse con el de otros contratos. Otra cosa es que el mismo deba dividirse en lotes internamente, para lo cual habrá que aplicar las reglas generales descritas en el artículo 99 de la Ley". Esta reflexión sirve para entender como no justificada la división del objeto acordada por el órgano de contratación, al resolver la impugnación de los pliegos la Resolución nº 124/2018 del 25 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPCMad) por cuanto el contrato de servicios de limpieza integral de los Centros de Atención Especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud, siendo el motivo del recurso que se incluía una "disparidad de servicios que no guardan ninguna complementariedad ni vinculación, al tratarse de un contrato de limpieza de edificios y locales que incluye otros servicios como desinfección, desratización, etc. no guardando las actividades ninguna relación, ni complementariedad alguna, y pudiendo separar las prestaciones en varios lotes y de esta forma favorecer la libre competencia y que puedan acceder al concurso un mayor número de pequeñas y medianas empresas. A lo que replicó la Administración que gozaba de discrecionalidad para dar satisfacción a varias necesidades, tramitando uno o varios expedientes de contratación con la única limitación de no dividir fraudulentamente el objeto del contrato y, por otro lado, que no se fusionan en un solo contrato prestaciones que carecen de vinculación objetiva entre sí". Ante esta situación se resolvió a la luz de los principios generales de la contratación 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, consideró 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". Y acordando "estimar ambos recursos, anulando los Pliegos y la licitación, que deberá iniciarse nuevamente si persiste la necesidad, redactando nuevos Pliegos debiendo justificarse adecuadamente la división en lotes".

Por otra parte impugnados los pliegos del contrato de servicios postales y telegráficos de un Ayuntamiento (Villaviciosa de Odón) y del Juzgado de Paz de la misma localidad, desestimó el recurso especial, la Resolución nº 75/2018 de 14 de marzo del TACPCMad pues "en este caso la necesidad de atender a ambas prestaciones garantizando que el lote de menor importe no quede desierto, es causa razonable que avala la no división en lotes en función de la prestación, la misma circunstancia se produciría con respecto al correo internacional en un municipio como Villaviciosa de Odón debiendo atenderse a la eventualidad de que el lote quedara desierto con tal configuración, al no ser rentable".

Ya en la legislación de 2007 (artículo 74 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre) tuvieron lugar pronunciamientos esclarecedores sobre la posibilidad o no de la división y su efectos fraudulentos, reconociendo los Informes nº 57/08, de 31 de marzo de 2009 y nº 69/08, de 31 de marzo de 2009 de la JCCE, "que el

objeto de un contrato pueda fraccionarse y dividirse en lotes las diferentes partes de la prestación siempre que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional. Quiere decir esto que si se admite la posibilidad de que partes de una prestación puedan ser tratadas separadamente, desde el punto de vista contractual, cuando cumplan los dos requisitos mencionados, con mucha más razón deberá admitirse que sean objeto de contratación por separado dos prestaciones que ni siquiera forman por sí mismas una unidad". Por su parte, el TARCAnd, analizando la no división del contrato en el contrato de suministro en régimen de arrendamiento con opción a compra y mantenimiento de mobiliario de habitaciones para el nuevo Hospital de la Línea (Cádiz) acordándose por el órgano de contratación, fue objeto de impugnación, argumentándose que "la agrupación nº1 de lotes comprende tres unidades funcionales independientes como hospitalización, cuidados críticos y paritorios, habiéndose extralimitado el órgano de contratación en la discrecionalidad permitida en la ley para la elaboración de los lotes", si bien la Resolución nº 318/2016 de 7 de diciembre de 2016, visto el considerando 78 y artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE, optaba porque recaer sobre los poderes adjudicadores la obligación de justificar la no división en lotes", de manera que recordando su criterio representado en la Resolución nº 249/2016, de 14 de octubre, "(...) es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también de las limitaciones de su presupuesto, debe configurar el objeto del contrato del modo que mejor satisfaga el interés público perseguido con el contrato", resolviera la Resolución nº 318/2016 de 7 de diciembre de 2016, impugnado el acuerdo de una agrupación que integraba "lotes de bienes distintos que podían haber sido objeto de adjudicación independiente y entre los que no existe

la interdependencia a que alude el PCAP al definir la agrupación, de manera que con la agrupación se ha evitado el fraccionamiento o división, y ni el pliego ni ningún otro documento del expediente ha justificado la decisión de no dividir o lo que es lo mismo, la decisión de acumular, motivación que resulta obligatoria a la luz del artículo 46.1 de la Directiva” que si bien no hubo extralimitación en la discrecionalidad, sí se le obligó a justificar su decisión bien en el propio pliego y/o expediente de contratación.

En definitiva, la vulneración del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos obviando las reglas procedimentales que la normativa prevé mediante un uso fraudulento y abusivo de la adjudicación directa mereció el calificativo por la jurisprudencia comunitaria, como claramente reflejara MORENO MOLINA de la infracción “más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos” (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, apartado 37). Proponiendo el profesor como recomendable “para proteger a los licitadores contra prácticas abusivas o discriminatorias y garantizar además el derecho a una buena administración, residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. En este sentido, podría ser útil tomar como referencia el modelo de las subastas electrónicas”. Sin olvidarse de la aplicación horizontal de los principios a todas las fases contratación y tanto por encima como por debajo de umbrales (STJUE de 20 de mayo de 2010, Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006).

Un caso particular que por el objeto del contrato justificó la no división en lotes fue resuelto por la Resolución nº

364/2018 de 13 de abril del TACRC al impugnarse los pliegos tanto de prescripciones técnicas como el de cláusulas reguladoras de la licitación del contrato del “servicio de fraccionamiento de plasma humano para la obtención de hemoderivados. Centro de transfusión banco de sangre de La Rioja. Fundación Rioja Salud”. Así alegándose que el contrato no fuera dividido en varios lotes, entendiéndose que “procedía aislar en un lote separado el medicamento Alfa-1-antitripina a la vista de que éste únicamente se elabora con sangre de donantes estadounidenses”, obtuvo la réplica del órgano de contratación entendiéndose que “el contrato licitado no tiene por objeto la adquisición de medicamento alguno sino la prestación del servicio de elaboración de hemoderivados con el excedente del banco de sangre riojano. Y respecto del Alfa-1 antitripina se indica que los propios pliegos admiten que en la actualidad es un medicamento que únicamente puede obtenerse con plasma proveniente de EE.UU. de ahí que se establezca que el adjudicatario únicamente estará obligado a obtener este medicamento del plasma riojano si en algún momento a lo largo de los dos años de ejecución del contrato ello resultara legalmente posible”. Pues bien, se resolvió este recurso ratificando que no estamos ante un contrato de suministro de medicamento sino de servicio para transformar el plasma obtenido por La Rioja en los medicamentos hemoderivados que se mencionan en el contrato. Entre dichos medicamentos figura el Alfa-1-antitripina, medicamento que no obstante se precisa únicamente deberá elaborarse si durante la ejecución del contrato llegara a ser legalmente posible. De manera que como indicó su FD7, y aclaró el informe de necesidad “actualmente en España el único laboratorio autorizado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para la fabricación de medicamentos derivados del plasma es el Instituto Grifols SA (se adjunta certificado de la AEMPS fechado en Junio de 2017)”. Por tanto, sería indiferente segregar en un lote separado el

medicamento Alfa-1-antitripsina dado que la transformación del plasma sanguíneo en los restantes medicamentos seguiría siendo una prestación que únicamente podría prestar INSTITUTO GRIFOLS, SA. A la vista de ello debe rechazarse este segundo motivo dado que su estimación no se traducirá en un aumento de la competencia. Y es que en realidad la recurrente no parece pretender la división del contrato en lotes sino su mutación de contrato de servicios a uno de suministro “. Así también se admitió la no división del contrato de servicios postales de un Ayuntamiento, en la Resolución nº 387/2018 de 23 de abril del TACRC, justificándose en la homogeneidad de las prestaciones a realizar y por razones de operatividad en la gestión y control del contrato por parte de la Administración.

El Tribunal de Contratos de Andalucía fue claro en un supuesto en que el pliego se convirtió en un acto firme y consentido, toda vez que fue aceptado por la recurrente al presentar su oferta y respecto del que no constaba ninguna impugnación, es decir, constituyéndose en “lex inter partes”. No obstante, esta realidad para el recurrente, sí se avisó para futuras redacciones de los pliegos que sea claro que las mejoras deben ofertarse por lotes, pues “la configuración de las mejoras en los pliegos sin distinción de las mismas por lotes puede consagrar un resultado injusto y desigual, al beneficiar a aquellos licitadores que ofertan a varios lotes y están, por ello, en condiciones de proponer más elementos de mejoras que el que licita a un solo lote”. Esto, no obstante, el que el defecto no estuviera en la oferta adjudicataria ni en su valoración técnica, sino en el pliego, que por ser firme y consentido, resultó desestimado el recurso (Resolución nº 17/2018 de 26 enero de 2018). En cualquier caso tener presente “factores que pueden aconsejar la no división aunque ésta sea técnicamente posible, como, por ejemplo, la mayor facilidad en la adjudicación del contrato cuando

no hay lotes diferentes que valorar, la mejora en la eficacia y eficiencia en la ejecución y gestión del contrato si la Administración tiene un único interlocutor o el aprovechamiento de las economías de escala" (Resolución nº 41/2015, de 8 de abril de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi).

En el Informe nº40/12, de 21 de marzo de 2014, la JCCPE en los casos de división en lotes del contrato de modificación de acuerdos con efectos de fehaciencia, recordó su postura reflejada en Informes pasados (nº6/2009, nº57/2009 o nº16/2009) al acreditar que "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 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. La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad o no 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 parecidos términos su Informe nº 12/15, de 6 de abril de 2016, sobre cuestiones relacionadas con el fraccionamiento del objeto del contrato y división en lotes en contratos de servicios y suministro, recordó su doctrina que defiende de manera reiterada que “el objeto del contrato debe estar integrado por todas aquellas 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 el artículo 74.2 de la Ley (actual artículo 86.2 del TRLCSP)” (Informe nº 16/2009) y que ya manifestara que “la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de contratación pública y que deroga la Directiva 2004/18/CE, introduce una previsión novedosa en el cálculo del valor estimado que viene al caso destacar. Así la decisión del órgano de contratación de optar entre tramitar un único expediente de contratación o varios, dejando a un lado la posibilidad de dividir en lotes el objeto contractual, si bien actualmente tiene una trascendencia práctica innegable a la hora de aplicar las normas procedimentales y de publicidad, cuando el artículo 5.2 de la nueva Directiva 2014/24/UE sea transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico dejará de tenerla. Este artículo innova respecto de la Directiva 2004/18/CE con la finalidad de eliminar el aliciente que actualmente puedan tener los órganos de contratación para dividir fraudulentamente el objeto del contrato. Concretamente la norma que recoge el citado artículo 5.2 obligará a los órganos de contratación a calcular el valor estimado de un contrato tomando el valor total estimado para todas las unidades funcionales

individuales que se integren en un mismo poder adjudicador. En cuanto a qué debe entenderse por “unidad funcional individual” nos remitimos al considerando 20 de la citada Directiva”.

El uso de las formas y requisitos de la contratación pública tienen que vincularse con la salvaguarda de los principios generales siguiendo las directrices comunitarias, lo que hace razonables objetivos como lograrse la competencia en su aplicación favorecida con mecanismos como su mayor publicidad, fijación de importe global máximo y el uso de medios electrónicos para no perder la rapidez en la tramitación administrativa. Directrices que tomaron forma en el “Libro verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro”, de la Comisión Europea de 27 de Noviembre de 1996, invitando a aplicar una política más abierta de la contratación pública para que los procedimientos de contratación sean más justos, transparentes y no discriminatorios, buscando reducir el riesgo de fraude y corrupción en las administraciones. Además de buscar la eficiencia en el uso más eficaz de los fondos públicos intentando lograr instrumentos flexibles y fáciles de usar que hagan transparentes y competitivas las adjudicaciones de contratos públicos. Mientras que en 2010 la Comisión Europea lanzó también el “Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE” para que las administraciones nacionales, regionales y locales apoyen la utilización de la contratación electrónica, fijando objetivos entre los que destaca una mayor transparencia, puesto que el proceso de contratación es más abierto, está mejor documentado y es objeto de una mayor divulgación y como consecuencia, mejorar el seguimiento y la eficiencia global de la contratación pública, lo que conduce a la apertura de los mercados a una mayor competencia y al incremento del número de proveedores en competición. Recordar así al Acuerdo

nº8/2016, de 22 de enero de 2016, (FD2) del TACPA para el que "la Administración no puede salvar la contradicción que pudiera existir entre las cláusulas del pliego mediante una interpretación que perjudique a quienes cumplieron con lo establecido en ellas, recordando, sobre las oscuridad de las cláusulas del pliego, las SSTs de 5 de junio de 2001, de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999" que afirmaran "que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma".

Estas iniciativas podemos unirlos a los objetivos de la Ley 19/2013, de incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública, garantizar el acceso a la información y las obligaciones de buen gobierno para los responsables públicos y su mecanismo sancionador. Que particularmente encontramos en materia contractual, en la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, haciéndose realidad con mecanismo como prefijar criterios de selección o baremación de proveedores y/o productos. Actualmente siguiendo esta estela, el artículo 28 LCSP2017 reconoce "1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, 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, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. 2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la

innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”.

Ahora bien, entre los nuevos mecanismos para lograr ser realidad la aplicación del principio de transparencia merece ser destacada la novedad del apartado 4º de este artículo 28 LCSP2017. Se trata de la obligación de elaborar un “Plan anual de contratación” además de publicarlo en el perfil de contratante por cuanto “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 mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”. Finalidad de planificación de su actividad contractual recordó MARTINEZ FERNÁNDEZ puesta de relieve por distintos organismos: Informe del Tribunal de Cuentas nº1.039, de 26 de junio de 2014; Dictamen nº128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias; Informe de la JJCCA de Cataluña nº14/2014, de 22 de julio, para “evitar tramitaciones precipitadas por la premura de plazos que se conocen de antemano”. Por ello, apunta este autor que “la medida fue introducida en vía parlamentaria para facilitar la concurrencia de las pymes y es a la vez una medida de transparencia. Esta previsión de regulación tiene dos incongruencias: el anuncio es potestativo para los contratos que no han de publicarse en el DOUE, que son precisamente los más accesibles para las pymes; y el artículo 134 contempla el anuncio de información previa como potestativo, y para reducir plazos de presentar ofertas. Para salvarla esas incongruencias y ser útil a su objetivo, entendemos que el «plan anual de contratación» debe, recoger una

relación de contratos, con sus datos básicos: objeto, valor estimado, duración, procedimiento y fecha estimada de licitación, para que las empresas puedan conocer anticipadamente los planes de contratación, estar atentos a la convocatoria e irse planificando para hacer las ofertas. Es un plan indicativo, que no obliga a licitar todos los contratos o a hacerlo con las condiciones concretas anunciadas. El anuncio de información previa del 134, se ha de limitar a los contratos SARA, cuando se estime conveniente reducir los plazos para presentar ofertas”.

Por tanto, si conocemos los principios básicos y rectores de la contratación del sector público, admitida la división en lotes (Resolución nº 124/2013, de 27 de marzo, TACRC) cuando el objeto lo admita y así se justifique debidamente en el expediente, se abre la posibilidad de fraccionar, siempre que se acredite ser susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional (Informe nº 57/2008, de 31 de marzo de 2009, JCCA) o así lo exija la naturaleza del objeto, para servir de fundamento al recurso administrativo especial en que se pretendió que la licitación en lote único de prestaciones debían ser licitadas por separado, y que se resolvió por la Resolución nº 927/2014 de 18 de diciembre de 2014 del TACRC, para la que sería 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, lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

Recordar así mismo el Informe nº69/2008, de 31 de mayo de 2009, JCCA que afirmó la existencia de fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten

individualmente no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente. A título de ejemplo, la ejecución de aquellas obras de reparación de aceras en distintas calles, forma una única unidad funcional, que es la reparación de aceras del municipio, sin que el beneficio a las pymes de la localidad pueda justificar su división en distintos contratos (Informe nº 31/2012, de 7 de mayo de 2013 JCCA) mientras que no se producirá dicho fraccionamiento contractual en una campaña divulgativa, que para conseguir la mayor difusión, se contrata con diferentes medios de comunicación (Informe nº 1/2009, de 25 de septiembre de 2009 JCCA) . Resultando desestimado el recurso especial interpuesto contra el pliego por entender que “implícita la división en lotes, al introducir criterios de valoración totalmente diferenciados para el Servicio telefónico de cita previa general y para el Servicio telefónico de cita previa Renta”, entendiendo que “nos encontramos ante una licitación de un contrato de servicios en lote único, aun cuando la AEAT define perfecta y separadamente la realización de dos servicios, obviando el nuevo contexto normativo”, pues resultando acordado la no división en lotes del contrato de servicio telefónico de cita previa de la AEAT, según doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones nº 230/2018 de 12 de marzo y nº 684/2017, nº 408/2017 y nº 814/2016) recordando el efecto directo de la Directiva 2014/24/CE, manifestó que “la cuestión sobre la que confirmamos el cambio doctrinal está en el alcance de tal obligación de motivación, en relación con la validez de los pliegos; y, en este punto, pese a lo indicado en la Resolución nº408/2017, la posterior nº 684/2017 ha hecho una interpretación de la propia Directiva que niega trascendencia a la omisión de tal motivación en el expediente en caso de impugnación de los pliegos, y que

entendemos debe ser mantenida, como conforme al propio tenor de la Directiva”, para quedar fijada su postura según la cual deberá quedar constancia en el expediente de las principales razones que inducen al órgano a no dividir el contrato en lotes, así como por las que “no sería conveniente dividir el contrato en lotes” (Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE), para su control por las autoridades de contratación, pero no, por no obligarlo la Directiva, que este informe tenga que estar incluido en el expediente en el momento de publicitarse los pliegos. No existiendo ese informe expreso, específico y singular, no se produce no obstante, la nulidad de los pliegos ni es una actuación arbitraria la decisión tomada por el órgano de contratación, toda vez que se justifica el objeto único el contrato como un servicio único e integral en la Memoria justificativa del gasto para la prestación que figura en el expediente de contratación de manera que las razones para no dividir el contrato en lotes existen y podrán hacerse explícitas a los efectos del artículo 84 de la Directiva.

Además, para concluir este apartado se reconoce actualmente en el artículo 37 LCSP2017, el carácter formal de la contratación del sector público, ofreciéndonos un sistema administrativo del recurso especial que se caracteriza, siguiendo a RAZQUÍN LIZÁRRAGA por su giro hacia la formalización ya que “los contratos se perfeccionan con su formalización” (artículo 36.1 LCSP2017) y no, como antes, con la adjudicación. Este cambio pretende ajustarse a la jurisprudencia comunitaria para conformar el plazo suspensivo entre la adjudicación y la formalización del contrato y refundir en uno los anteriores actos de adjudicación provisional y definitiva (STJCE de 3 de junio de 2008) a unir con el respeto al principio de objetividad, en el sentido de proyectar su influencia, apuntó BERNAL BLAY tanto sobre los contratos sujetos a las prescripciones de las

Directivas europeas como a aquéllos que, por razón de su cuantía, no superan los umbrales económicos de relevancia europea (Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 1 de agosto de 2006). No obstante lo anterior, el TACRC añadió que "la Directiva 2014/24/UE establece un cambio de planteamiento en la regulación de la división de los contratos públicos en lotes con la finalidad, declarada en su Considerando 78, de adaptar la contratación pública a las necesidades de la PYME, animando a los poderes adjudicadores, de acuerdo con el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 25 de junio de 2008 titulado "Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos", a dividir los grandes contratos en lotes, de forma que se facilite la participación de la PYME. Ahora bien, siendo claro que el artículo 46 de la Directiva comunitaria no impone a los poderes adjudicadores la obligación de dividir los contratos en lotes, sino que les anima a hacerlo, en beneficio de las PYMES, cuando las circunstancias (que corresponde valorar al poder adjudicador) lo permitan, y a motivarlo en otro caso y ello, bien en el pliego, bien en un informe específico, al que alude el artículo 84 de la Directiva (Resoluciones nº379/2016, de 13 de mayo y nº530/2016, de 8 de julio).

VII. CONCLUSIONES.

Fueron varias las aportaciones desde distintos sectores, organismos, autores y entidades para que la nueva regulación albergara las directrices comunitarias en sede de contratación pública. Entre sus fines, la apuesta por la mayor participación de las pymes, se dispone la regla de la división del objeto del contrato en lotes, justificando la Administración, en su caso, aplicando la

discrecionalidad técnica, la conveniencia de la no división.

Así en el criterio de adjudicación no vinculado al objeto, el TARCAAnd, resolvió en su Resolución nº 135/2018 de 10 de mayo, (FD5) que "al respecto, el artículo 150.1 del TRLCSP dispone que :«Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes». Tales criterios relacionados en el artículo 150.1 del TRLCSP habrán de considerarse, sin duda alguna, vinculados directamente al objeto del contrato y si bien ello no impide que también puedan utilizarse otros, la amplia lista de criterios del artículo nos permite llegar a una primera conclusión y es que aquellos han de ir referidos necesariamente a la prestación que se contrata, bien a sus características intrínsecas, bien a su modo de ejecución".

En este sentido además, el Informe nº9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado de 31 de marzo, sostuvo que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de

determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas, para concluir que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, y no pudiendo afectar a cuestiones contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma. Asimismo, este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión aquí suscitada en resoluciones anteriores. Así que en la Resolución nº240/2015, de 29 de junio del TACRC, se señalara que “no debe olvidarse que lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido”. La doctrina anterior es la que sostienen, igualmente la Resolución nº130/2011, de 27 de abril del TACRC, al afirmar que los criterios de adjudicación presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación, y en la Resolución nº600/2016, de 22 de julio, que “el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no con

el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva, atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas". Por ello, como ya señalábamos en la reciente Resolución nº 112/2018, de 25 de abril del TACRC, a la luz de la LCSP2017 "que el criterio se hallará vinculado al objeto contractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundará en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas, como sucede en el supuesto examinado donde la mejora afecta a la dispensación de medicamentos que es una actividad posterior y diferente al suministro de los mismos". Por lo demás, el criterio que se acaba de exponer coincide con el del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que, ante un supuesto muy similar al analizado, señaló en la Resolución nº173/2016, de 14 de septiembre "(...) el objeto del contrato se circunscribe exclusivamente al suministro de medicamentos anti-infecciosos, con lo cual, no puede entenderse la vinculación de los tres sistemas de dispensación de medicamentos con la calidad o características de los medicamentos suministrados. Tampoco se trata de un equipamiento complementario de la prestación en el sentido de que aporte alguna ventaja a los productos que se están adquiriendo porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, condiciones de entrega, etc., o se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido. Se trata, tal como justifica el propio PPT y el informe del órgano de contratación al recurso, de un contrato de suministro que pretende la actualización del

Servicio de Farmacia, pero que es susceptible de contratación independiente con un suministrador cuyo objeto social sea precisamente el coincidente con el del objeto del contrato (...). La obligación de financiar los tres sistemas automatizados de dispensación de medicamentos incluida en la cláusula 4.2. del PPT es una pretensión ajena al contrato y que supone la financiación de actividades administrativas ajenas al contrato de suministro de medicamentos anti-infecciosos, sin que se pueda sostener que el aumento de la eficiencia del sistema de gestión logística de medicamentos y la consecuente obtención de la máxima seguridad en el tratamiento del paciente sean motivos suficientes que justifiquen la vinculación de estos equipamientos con el objeto del contrato o impida su contratación independiente (...). Lo expuesto, nos lleva a concluir que la pretendida vinculación directa que defiende el órgano de contratación entre las mejoras impugnadas y el suministro de medicamentos para fluidoterapia, no existe en términos legales".

Se apunta pues hacia una discrecionalidad en la configuración del objeto, pero, no obstante, ésta encuentra límites de apreciarse que con esa decisión se restringe la competencia para que tan solo un licitador o pocos pudieran participar en el proceso selectivo. Esta idea quedó reflejada en la resolución del recurso especial para el que "únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de 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" (Resolución nº171/2016, de 14 de septiembre del TACPCMad).

BIBLIOGRAFIA:

- Aleksandra Czajka, nº19/2018. "El nuevo régimen de división en lotes. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público". Comentario nº10, <http://www.tornosabogados.com>, 22 de marzo de 2018.
- Arnáez Arce, V. M., "La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquiriente de bienes y servicios innovadores", Revista Vasca de Administración Pública, nº 93, Mayo-agosto, 2012, pág.26 y Ancos Franco, H., "La Responsabilidad social empresarial y las compras públicas sostenibles", en Observatorio de Contratación Pública ,2012.
- Batet Jiménez, M.P., "Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos", en www.obcp.es, (<http://www.obcp.es/index.php/mod.o piniones/mem.detalle/id.204/relcategoria.208/relme nu.3/chk.b7974fb7df44f87104b46ceed0094915>).
- Batet Jiménez, M.P., "La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes", El Consultor de los Ayuntamientos, nº 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, Ref. 2862/2017, pág. 2862, Editorial Wolters Kluwer.
- Batet Jiménez, M.P., "La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes", en Martínez Fernández, J.M., (Coord.), "Hacia una contratación socialmente eficiente, (Especial: La Ley de Contratos del Sector Público)", El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), nº 23, 15 de diciembre de 2017, pág.2875.
- Batet Jiménez M. P., "La división del objeto del contrato en lotes ", Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (GABILEX), nº6, Junio, 2016, págs.11 y 13.

- Bernal Blay, M.A., " El principio de objetividad en la contratación pública", Revista Documentación Administrativa (DA), nº 289, Enero-abril, 2011, pág.132.
- Díez Sastre, S., "Ejes de la reforma y nueva sistemática de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: el régimen jurídico aplicable", Revista FMC. Federación de Municipios de Cataluña, 2017.
- Fernández Ecker, A., "La Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para la PYME ", Contratación Administrativa Práctica, nº 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- Gimeno Feliú, J.M., "La trasposición de las Directivas de contratación pública en España: Una primera valoración de sus novedades", Jornada Cámara Cuentas y Consejo Consultivo de Castilla y León. Valladolid, 23 de noviembre de 2017, págs.2 y 3.
- Gimeno Feliú, J.M., "Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos Públicos. La directiva de Concesiones", www.obcp.es. 16 de abril de 2016.
- García Hernández, J., "El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales", Revista Derecho Local, 1 de septiembre de 2016.
- López Zurita, L., "La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública", Documentación Administrativa (DA). Nueva Época–nº4, Enero-Diciembre 2017, pág.147

- Martínez Fernández, J.M., "Fomento del acceso de PYMES a la contratación pública", Contratación Administrativa Práctica, nº 143, Mayo 2016, Editorial Wolters Kluwer.
- Martínez Fernández, J.M., "Una primera aproximación crítica al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", Revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados, Las Rozas (Madrid), nº 1, 2017, pág.47. "Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el 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 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)", Observatorio de Contratación Pública, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem_detalle/id.282/reلمenu.3/chk.7616e54145ba897955b6eb508987575a, de 6 de febrero de 2017 y "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, nº 20, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, pág. 2425, Editorial Wolters Kluwer.
- Martínez Fernández, J.M., "Los criterios de adjudicación y su valoración", El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Nº 23, Sección Especial / Tribuna, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, Ref. 2917/2017, pág. 2917, Editorial Wolters Kluwer.
- Martínez Fernández, J.M., "El cerco a los contratos menores", Revista de Estudios Locales. Cunal, nº 194, octubre, 2016.

- Martínez Fernández, J.M., "Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor", Revista El Consultor de los Ayuntamientos, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 18089/2017 y <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.325/relmenu.3/chk.7b49f9668aa5b4e5507661d90c64ba2>, 18 de diciembre de 2017.
- Martínez García, J., y Elez Gómez, A.I., "Comentario a las Nuevas Directivas europeas en materia de contratación pública (I)", Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (GABILEX), nº 4, Diciembre, 2015, pág.7.
- Moreno Molina, J.A., "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Principales novedades y aspectos problemáticos", Revistas Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 44, Junio, 2008, pág.153.
- Moreno Molina, J.A., "La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública", www.obcp.es, 23-04-2012. (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/relcategoria.121/relmenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>).
- Observatorio de Contratación Pública: "Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el 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 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)", Proyectos de investigación concedidos por Ministerio de Economía y Competitividad, de 30 de enero de 2017.

- Pérez Delgado, M., y Rodríguez Pérez, R.P., "Discrecionalidad técnica a la hora de motivar la no división en lotes de un contrato. Órgano Administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC). Resolución 17/2018, de 30 de enero", Contratación Administrativa Práctica, Nº 155, Sección La administración opina, Mayo-Junio 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adoptara medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo de 27 de julio de 2016 y la Decisión (UE) 2017/984 del Consejo de 8 de agosto de 2016, por la que se formulaba una advertencia a España para que adoptara medidas dirigidas a una reducción del déficit público excesivo.
- Razquín Lizarraga, J.A., " El nuevo régimen de los recursos en los contratos públicos y su implantación en la Comunidad Autónoma del País Vasco", Revista Vasca de Administración Pública, nº 92, Enero-abril, 2012, pág.135.
- Santiago Fernández, M.J., "División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público", Contratación Administrativa Práctica, nº 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero, 2018, Editorial Wolters Kluwer, 28 de mayo de 2018.