

Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública

DOLORS CANALS AMETLLER

*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Girona*

1. Algunas consideraciones y datos previos

- 1.1. La débil apuesta europea por la promoción de las pymes y su participación en el mercado de la contratación pública
- 1.2. El marco de referencia: contratación pública estratégica y defensa de la competencia
- 1.3. El Informe sobre la Contratación Pública Española 2017: dificultades de acceso detectadas y datos relativos a la participación de las pymes

2. Medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública

- 2.1. En fase previa de planificación y programación de la estrategia de la contratación pública
- 2.2. En fase de preparación del contrato público: disminución de costes de información, transparencia, simplificación documental y reducción de cargas administrativas
- 2.3. En la presentación de garantías efectivas y pagos anticipados
- 2.4. En fase de ejecución del contrato: cambios en la subcontratación pública

3. La división en lotes del objeto del contrato público: de la indivisibilidad a la presunción de divisibilidad

- 3.1. El objeto del contrato público y la regla ordinaria de su indivisibilidad

Artículo recibido el 18/09/2018; aceptado el 22/09/2018.

- 3.2. La inversión de la regla anterior: de la indivisibilidad a la presunción de divisibilidad del objeto del contrato público
- 3.3. Requisitos de preparación y configuración de los lotes. Efectos jurídicos

4. Bibliografía consultada

Resumen

Este trabajo describe las principales medidas que la nueva Ley de Contratos del Sector Público introduce para fomentar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, en particular la división en lotes separados del objeto contractual.

Palabras clave: *contratación pública; pymes; división en lotes del contrato público.*

Divisibility of the contractual object and other legal measures to promote the participation of SMEs in public procurement

Abstract

This article describes the main measures introduced by the new legislation on public procurement to promote the participation of medium-size enterprises in public procurement, particularly, the division of the contractual object in lots.

Keywords: public procurement; SMEs; division of the contractual object in lots.

1

Algunas consideraciones y datos previos

1.1

La débil apuesta europea por la promoción de las pymes y su participación en el mercado de la contratación pública

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, de contratación pública (Directiva 2014/24/UE, en adelante) contempla medidas orientadas directamente a promocionar y facilitar el acceso de las

pequeñas y medianas empresas (pymes)¹, así como de las empresas emergentes, a los contratos públicos, propiciando con ello la competencia en igualdad de condiciones con independencia del tamaño empresarial de los licitadores. Es así que se ha venido calificando a la nueva contratación pública de estratégica en tanto que instrumento para implementar políticas públicas sociales, ambientales y, en el caso que nos ocupa, empresariales.

En concreto, la Directiva 2014/24/UE señala² que la contratación pública debe adaptarse a las pymes, siendo preciso para ello alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el Código que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea de 25 de junio de 2008, «*Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos*»³, en el que se ofrecen orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen normativo de la contratación pública para facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas. Con este fin, se anima a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes, y cuando decidan que ello no es conveniente, deben relatar en un informe específico, o en los pliegos contractuales, las razones que expliquen la elección hecha.

Esta apuesta por la apertura de las pymes a la contratación pública se resume en dos ideas esenciales: la primera, que las instancias europeas no obligan a la división de los contratos públicos por parte de los poderes adjudicadores –no existe ninguna obligación jurídica, sino tan solo una recomendación de *Soft Law* mediante la remisión a unas instrucciones recogidas en un código de buenas prácticas–, siendo una mera opción, salvo para concretos contratos públicos; y la segunda, que la división en lotes del objeto contractual parece referirse únicamente a los «grandes» contratos, por lo que la apuesta europea es, hasta cierto punto, débil.

Pese a ello, la división en lotes separados de los contratos públicos es la regla general (artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE)⁴, estableciéndose una

1. A los efectos de la Directiva 2014/24/UE, pymes son aquellas empresas que emplean a menos de 250 trabajadores y cuya facturación anual no excede de 50 millones o cuyo balance total es inferior a 43 millones de euros [Recomendación de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de pymes (2003/361/EC)].

2. Considerandos 78 y 79.

3. Bruselas 25.06.2008, SEC (2008) 2193.

4. 1. *Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84.*
2. *Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes.*

presunción de divisibilidad del objeto contractual, sean las que sean las necesidades públicas a satisfacer. Tanto es así que los Estados miembros pueden imponer en sus normas de trasposición interna de la Directiva la diversificación en lotes de determinados contratos, respecto de los cuales los órganos de contratación no tendrán ningún poder de decisión en este aspecto.

Por otra parte, siempre que lo hagan constar en los correspondientes anuncios de licitación, los poderes adjudicadores podrán limitar el número de lotes a los que los licitadores presenten ofertas. En particular, podrán limitar el número de lotes a adjudicar a una misma empresa, con indicación del número máximo de lotes, indicando en los pliegos el sistema o criterios de adjudicación de los lotes en caso de que las ofertas presentadas por una empresa sean las más ventajosas económicamente en un número de lotes superior al máximo permitido. Además, los Estados miembros quedan facultados para prever, en sus respectivas legislaciones nacionales, la adjudicación de contratos que combinen diversos lotes e, incluso, la agrupación de todos los lotes en aquellos casos en que se permita la concesión de más de un lote a una misma empresa, así como los grupos de lotes que permiten combinación, supuesto que requerirá de una evaluación comparativa previa.

La pauta es, pues, la partición del objeto de los contratos públicos, aunque las instancias europeas dejan en manos de los poderes adjudicadores la

Los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado.

3. Los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse.

4. Los Estados miembros podrán aplicar el párrafo segundo del apartado 1 haciendo obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados, en condiciones que habrán de especificarse de conformidad con el Derecho nacional y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión. En tales casos, también serán de aplicación el párrafo primero del apartado 2 y, si procede, el apartado 3.

Un comentario más extenso de este precepto es el de ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina: «Medidas para fomentar la participación de las pymes en la contratación pública. Análisis de las directivas de cuarta generación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 182, 2017, pp. 375-408.

decisión última de diversificar o no el objeto del contrato, así como el tamaño y contenido de los lotes, con la única obligación de justificar su decisión en el segundo supuesto. Justamente por ello, por la no existencia de obligatoriedad en la división del contrato público, la reforma europea en favor de las pymes y las empresas incipientes no contiene una discriminación positiva (no podría contenerla) hacia este tipo de empresas y el mercado de la contratación pública sigue pivotando en torno al principio de libre competencia⁵. Cosa distinta es que esta reforma incida en otros principios que rigen la contratación pública, en los principios de eficacia y eficiencia pongamos por caso, porque la regla de la divisibilidad del objeto contractual –como ha señalado acertadamente algún autor– no está directamente relacionada con la elección de la mejor prestación al mejor precio e, incluso, puede resultar en algún caso contradictoria con ella⁶.

1.2

El marco de referencia: contratación pública estratégica y defensa de la competencia

El régimen de división del objeto del contrato público se recoge en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁷ (LCSP, en adelante), con el mismo fundamento europeo de una contratación pública estratégica y, en este caso particular, de una política pública de promoción de las pequeñas y medianas empresas. Junto con las finalidades sociales, ambientales y de innovación y desarrollo que guían la nueva contratación pública se

5. Véanse MAÑES MARTÍNEZ, Eva: «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, 2015, pp. 389-432; y LÓPEZ ZURITA, Lucía: «La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, n.º 4, enero-diciembre 2017, pp. 146-150.

6. RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón: «Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos. División en lotes y contratos con objeto múltiple», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGRO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 715-751. Como bien afirma este autor, lo que busca la nueva LCSP «en primer lugar, no es la elección de la mejor prestación al mejor precio, sino el respeto a los principios del derecho comunitario. Prueba de ello es que el artículo 1 de la LCSP actual, como hacía el mismo artículo de la LCSP anterior, antepones los principios comunitarios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y de estabilidad presupuestaria y control del gasto, a los de eficiente utilización de los fondos destinatarios y la selección de la oferta económicamente más ventajosa» (pp. 717-718).

7. 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.

encuentra, así, el fomento de este sector empresarial⁸, mayoritario, de hecho, en el territorio de la Unión Europea y de España.

En esta línea, el artículo 1.3 LCSP establece lo siguiente:

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Pero antes de adentrarnos en el texto de la LCSP y las medidas específicas que contiene para facilitar el acceso de las pymes al mercado de la contratación pública, son necesarios dos apuntes más, los cuales ponen de manifiesto las continuas dificultades que viene padeciendo este segmento de la población empresarial en un marco jurídico de referencia más amplio de defensa de la libre competencia de los licitadores.

El primero se refiere al Dictamen del Comité Europeo de las Regiones «*Normativa inteligente para las pymes*», de 13 de julio de 2017⁹, que contiene una serie de recomendaciones acerca de las estrategias de la Comisión Europea que inciden en la competitividad de este particular sector empresarial¹⁰, entre las que se encuentran los incentivos para su mayor participación en los contratos públicos, para lo cual:

- a) insta a los Estados miembros a que garanticen la plena aplicación y la correcta ejecución del «sistema simplificado de normas de Derecho europeo de contratación pública»;

8. De tal forma que el sistema de contratación pública previsto en la LCSP «persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad» (Preámbulo de la LCSP, apartado III).

9. DOUE de 10.12.2017.

10. Entre otras, las estrategias europeas tendentes a entorno reglamentario favorable a las pymes: *Small Business Act (SBA)* de 2008 y 2011, con la integración del principio «pensar primero a pequeña escala»; el programa «legislar mejor» (*Better & Smart Regulation 2015*); el programa y plataforma REFIT, relativo a la reducción de cargas administrativas y la simplificación de trámites para las pymes; el IVA y la fiscalidad que las favorezca.

Es también de interés el reciente Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Fomentar las pymes en Europa haciendo especial hincapié en un enfoque legislativo horizontal para las pymes y respetando el principio de la SBA de “pensar primero a pequeña escala”» (DOUE C 197/1 de 8.6.2018).

- b) destaca el papel importante que desempeñan los entes locales y regionales en el acceso de las pymes a la contratación pública y, por ende, en la reducción de los obstáculos a la contratación de este tipo de empresas, dada su especial relevancia para las regiones y ciudades;
- c) manifiesta su preocupación por el hecho de que las normas de contratación vigentes que favorecen las pymes no se utilizan de forma plena, y subraya que deben ser correctamente aplicadas;
- d) insta a las autoridades públicas de todos los niveles a que garanticen que sus licitaciones son favorables para las pequeñas y medianas empresas, así como para las empresas emergentes, en lo que se refiere tanto a sus condiciones de admisión como a las modalidades de pago, mediante la adopción 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, y pide a las autoridades de todos los niveles que se comprometan a aplicar normas comunes de contratación que favorezcan a este tipo de empresas¹¹;
- e) pide a todas las autoridades públicas que promuevan la participación de las pymes en la contratación pública de la innovación evitando especificaciones excesivas, basadas en resultados, poniendo a disposición gratuitamente la información y utilizando opciones como el diálogo competitivo y el procedimiento de licitación con negociación, antes de determinar las condiciones finales.

El segundo apunte es la reciente obligación creada por la Directiva 2014/24/UE, relativa a la remisión a la Comisión Europea por los Estados miembros de un informe trienal referido a los poderes adjudicadores nacionales –estatales, autonómicos y locales en nuestro caso– que, respecto de la licitación pública y ejecución de contratos sujetos a regulación armonizada, comprenda, entre otras cuestiones, información sobre la participación de las pymes en la contratación pública (artículo 328.3 y 4 LCSP).

Corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su tarea de coordinación de las obligaciones de información que imponen las Directivas de contratación pública¹², la remisión a las instancias europeas de dicho informe.

11. Destacan las buenas prácticas del Servicio de Contratación Pública de la ciudad de París.

12. Trato esta obligación más extensamente en CANALS AMETLLER, Dolors: «El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 55, 2018.

1.3

El Informe sobre la Contratación Pública Española 2017: dificultades de acceso detectadas y datos relativos a la participación de las pymes

El Informe relativo a la contratación pública en España – 2017, de abril de 2018, elaborado por el anterior Ministerio de Hacienda y Función Pública¹³, relata en una primera parte, en relación con la participación de las pymes¹⁴, las principales dificultades detectadas, y las clasifica en:

- a) dificultades de información sobre los procedimientos de contratación (p. e. desconocimiento de las licitaciones en curso; interpretación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y cumplimentación de los anexos para la licitación; desconocimiento del desarrollo del procedimiento y de la documentación a aportar; y problemas para acceder a información de los expedientes de contratación, tanto a la hora de licitar como una vez que están licitando);
- b) dificultades de acceso a los procedimientos de contratación (p. e. complejidad de la documentación a presentar para licitar; dificultad de acceder a todos los procedimientos publicados en el Estado; licitaciones sin lotes; dificultad en la acreditación de solvencia económica, técnica o disposición de medios; y falta de conocimientos de la administración electrónica);
- c) dificultades para la elaboración de las ofertas (p. e. presentación de ofertas de forma incorrecta, anormalmente bajas y dudas sobre la documentación que ha de ir en cada sobre; valoración por precio, fórmulas que benefician a grandes empresas; confusión en la documentación a aportar en el proceso de licitación e incorrecta elaboración de las ofertas; y dificultades con el documento europeo único de contratación –DEUC–);
- d) dificultades relacionadas con la solvencia económica y financiera o técnica y profesional (p. e. exigencia de un alto nivel de solvencia técnica y profesional o un volumen alto de facturación; dificultades para alcanzar o acreditar la solvencia económica y financiera o técnica y profesional; falta de cualificación del personal de la empre-

13. Para la obtención de los datos necesarios para confeccionar dicho Informe, por Resolución de 15 de noviembre de 2017 de la Subsecretaría de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, se aprobó la aplicación informática (Gobernanza-Contratación) y el cuestionario electrónico relativo a la contratación pública en España (2017), a efectos del cumplimiento de las obligaciones de información a la Unión Europea, establecidas en las Directivas 23, 24 y 25 de 26 de febrero de 2014.

14. Pp. 63 y ss.

sa y dificultades bancarias, para conseguir las garantías tales como avales).

Por último, el Informe recoge otro tipo de dificultades para las pymes en la contratación pública, entre ellas, las relacionadas con acceder a líneas de crédito; de inclusión de criterios de adjudicación relativos a responsabilidad social corporativa como incorporación de trabajadores en riesgo de exclusión social; así como, en el caso de subcontratación, los problemas con los correspondientes abonos por parte del contratista principal adjudicatario del contrato público.

A continuación, el Informe enumera las medidas adoptadas –las cuales, en verdad, constituyen medidas mínimas y de coste reducido– para superar las citadas dificultades de las pequeñas y medianas empresas españolas¹⁵.

Finalmente, se contienen una serie de datos interesantes tales como que el porcentaje de pymes respecto al total de licitadores participantes en los procedimientos de contratación (al margen de los sectores excluidos) es del 67 %; que el número de contratos con anuncio de formalización publicado suscritos con pymes es de 13 075; y que el valor total de los contratos a los que se refiere el apartado anterior, IVA incluido, es de la cifra de 4 957 308 596,92 euros.

15. Para el caso de los problemas de acceso a la información, se menciona, por ejemplo, el establecimiento de teléfonos de información técnica y administrativa a disposición de los licitadores, así como mecanismos de información y documentación presencial y por correo electrónico, señalándose además que a través del perfil del contratante en muchas ocasiones se publica más información de la estrictamente necesaria según la legislación, como sucede con las aclaraciones a los pliegos. Ante las dificultades de acceso a las licitaciones, se destacan las medidas de simplificación de la documentación a presentar mediante la declaración responsable y el DEUC; la intensificación de la comunicación por otros canales de difusión, la elaboración de modelos de declaración responsable y de bastanteo de poderes.

Las medidas adoptadas para superar las dificultades en la elaboración de ofertas se resumen en asesoramiento intenso, entrega de resúmenes y ayuda a los pequeños empresarios y/o autónomos locales para evitar la deslocalización del gasto público, atención personalizada/telefónica para resolución de dudas, cambios en el sistema de valoración, fórmulas que equiparan calidad-precio, elaboración de guías para acceder a la contratación pública, manuales electrónicos de acceso a las licitaciones, así como asistencia en la preparación de documentación administrativa y en la resolución de dudas, y en su publicación en el perfil del contratante para general conocimiento.

En lo que atañe a las medidas adoptadas para superar las dificultades relacionadas con la solvencia de las pymes, se enumera el asesoramiento personal para la resolución de dudas o aclaraciones, el uso de la distribución del contrato en lotes, «reduciéndose incluso la solvencia exigible por defectos en la Ley de Contratos, permitir en ocasiones utilizar el valor de negocios de la declaración de la renta o la del IVA o en caso de no tener obligación de presentar cuentas anuales, certificado del Registro Mercantil para justificar solvencia, exigir solvencia proporcionada al objeto del contrato, redactar de forma más clara y comprensible los pliegos de cláusulas administrativas, con objeto de facilitar la presentación de ofertas, y revisión de los valores de solvencia exigidos» (pp. 66-67).

Pese a ello, es llamativo que el mismo Informe reconozca, de manera expresa y sin reparos, que la información relativa a la participación de las pymes en la contratación pública ha sido especialmente difícil de obtener, «dado que los poderes adjudicadores no cuentan, por lo general, con dicha información de forma sistematizada, por lo que han tenido que realizar, en muchos casos, recuentos manuales» (p. 70). «Así, la condición de Pyme de un licitador o de un adjudicatario es algo que de forma general (y salvo que se haya utilizado el DEUC, o se haya rellenado ese campo en el anuncio de adjudicación comunitario) al órgano de contratación no le consta» (pp. 70-71)¹⁶.

A mi parecer, estos inconvenientes en el acceso a datos empíricos y las dificultades antes citadas serán difíciles de superar con la mera aplicación de la nueva LCSP, el régimen de división en lotes del objeto de los contratos públicos y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, las cuales paso a resumir a continuación. Se requiere, además, una práctica administrativa distinta por parte de los poderes adjudicadores para propiciar la concurrencia de las pymes en la contratación pública, al margen de la que viene siendo habitual en las Administraciones locales, con resultados no siempre satisfactorios¹⁷, que facilite también la transparencia de los contratos públicos.

El futuro Informe de la contratación pública española 2020 nos relatara –esperemos que a partir de una información más fiable– si los órganos de

16. Prosigue el Informe describiendo la singular y sorprendente metodología utilizada para la obtención de los datos a facilitar a la Unión Europea (p. 71): «Pues bien, con el ánimo de facilitar la obtención de dicha información a los órganos de contratación, y ante la indisponibilidad de un registro público de pymes al que poder acudir, desde el Ministerio de Hacienda y Función Pública se habilitó a través de Internet un buscador en el que los órganos de contratación podían introducir bien el nombre de las empresas licitadoras o adjudicatarias de sus contratos, o bien el CIF, y se les señalaba si tenían la condición de pyme de acuerdo con la definición comunitaria. Asimismo, se puso a su disposición un listado de las grandes empresas españolas (que representan el 0,2 % del total de las empresas existentes, siendo el 99,8 % pymes), de tal forma que si el volumen de empresas sobre las que debían hacer comprobaciones era elevado, podrían hacer un cruce entre el listado que se les ofrecía y el suyo de licitadores o adjudicatarios de sus contratos, y las que no aparecieran en el listado de grandes empresas, es porque eran pymes. Pese a ello, debe decirse que *los datos sobre participación de las pymes en la contratación pública que se ofrecen no cuentan con una consistencia sólida por cuanto en el 70,36 % de los casos, las entidades contratantes señalaron que el porcentaje de pymes respecto al total de licitadores participantes en sus procedimientos de contratación era del 0 %, cosa ciertamente inverosímil e incoherente con el número de contratos adjudicados a pymes*. Por tanto, *se decidió eliminar del cálculo de la media de ese apartado dichas contestaciones, de manera que no desvirtuaran el resto de los datos. El dato obtenido (67 %), en cualquier caso, podría parecer coherente con los 13 075 contratos adjudicados a pymes*» (las cursivas son mías).

17. Me refiero a las consecuencias –penales incluidas– del fraccionamiento en fraude de ley del objeto contractual para facilitar contratos menores a los que accedan las pymes, una desacertada práctica, aunque habitual en la Administración Local.

contratación han propiciado esa participación y transparencia o se mantiene el *statu quo*.

2

Medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública

Con anterioridad a la aprobación de la LCSP en 2017 se habían ido aprobando progresivamente medidas legales de impulso de la participación de las pymes en los contratos del sector público, a través de distintos textos legales¹⁸, entre otros, en la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de adaptación a la normativa comunitaria¹⁹; la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por cuanto la transparencia es asimismo un principio necesario en la contratación pública y, en particular, para las pymes; y la Ley 13/2014, de 14 de julio, de transformación del fondo para la financiación de los pagos a proveedores; sin dejar de mencionar las remarcables acciones al respecto de muchas comunidades autónomas y entidades locales que han dictado normas propias en este sentido²⁰, por ser mucho más conocedoras de la realidad de las medianas empresas y, principalmente, de las pequeñas empresas en sus respectivos ámbitos territoriales y competencias.

18. Véase, con más detalle, el análisis de las medidas de cada texto legal de ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina: «Medidas para fomentar la participación de las pymes en la contratación pública», ob. cit.

19. De modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

20. Por ejemplo, en Cataluña, por Acuerdo de Gobierno de 16 de abril de 2013, se aprobaron medidas para facilitar el acceso de las pymes a la contratación pública, integradas algunas después en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de soporte a los emprendedores y su internacionalización. Con posterioridad, el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública vino a regular, en concreto, la división en lotes de los contratos públicos (art. 5).

Véase, también, el Informe 19/2014, de 17 de diciembre de 2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Generalitat de Cataluña (Comisión Permanente) «Previsiones con incidencia en materia de pymes de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Análisis de su aplicabilidad».

Paso a continuación, pues, a sintetizar las principales medidas legales que introduce la LCSP, muchas de las cuales son reiteración del contenido de la Directiva 2014/24/UE. Se recogen las que se han ido identificando como más relevantes²¹, atendiendo al momento o fase concreta del proceso de contratación pública.

2.1

En fase previa de planificación y programación de la estrategia de la contratación pública

Tener información con antelación suficiente para preparar una eventual licitación es trascendental para el acceso de las pymes a la contratación pública, por lo que las nuevas previsiones legales relativas a la programación de la contratación por los distintos poderes adjudicadores suponen un gran avance en este sentido, situándose esa planificación en un momento previo al inicio del procedimiento administrativo de contratación pública.

La programación o planificación anual de los contratos del sector público se encuentra prevista en el artículo 28.4 LCSP, según el cual:

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 armonizada²².

Con todo, los contratos sometidos a regulación armonizada, por su cuantía y volumen, no parecen ser los más accesibles para las pymes, por lo que podría interpretarse en un primer momento la poca eficacia de la medida para este tipo de empresas. No obstante, la medida es plausible porque, por una parte, el precepto ordena que en dicha planificación se recojan «al menos» los contratos armonizados, lo que significa que otro tipo de contratos podrán incluirse en la planificación anual; y, por otra, que las pymes pueden programar sus ofertas también para los contratos sujetos a regulación armonizada para el caso de que se liciten en lotes

21. Me ha servido de guía el trabajo de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero 2018, pp. 1-12.

22. El artículo 134 se refiere a la publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» (DOUE) de un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, los órganos de contratación tengan proyectado adjudicar en el plazo máximo de 12 meses a contar desde el envío del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

separados aquellos grandes contratos²³. Ahí reside la importancia de este nuevo precepto para las empresas de dimensión menor, puesto que conocer con antelación las licitaciones que se van a convocar por el sector público a lo largo de un año les permite tener más opciones de presentarse con una oferta adecuada, superándose un clásico impedimento del reducido plazo para presentar ofertas.

Pero, para dar un paso más en el fomento de la contratación de las pymes, quizás podríamos esperar que, en un futuro próximo, todas las entidades del sector público, también en aras de una mejora de la transparencia pública, publicasen una relación de todos los contratos que prevean licitar a lo largo del ejercicio presupuestario, aunque fuera tan solo con unos datos básicos, tales como el objeto, el importe, el plazo, y la fecha de licitación, por ejemplo, limitándose el anuncio en el DOUE de los contratos armonizados²⁴.

Por otra parte, junto con la programación anual de la contratación pública, la elaboración y publicación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, prevista en el artículo 334 de la LCSP²⁵, se presenta como otra medida legal –aunque criticable desde la perspectiva constitucional-²⁶, en tanto en cuanto uno de sus objetivos es promover la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública.

2.2

En fase de preparación del contrato público: disminución de costes de información, transparencia, simplificación documental y reducción de cargas administrativas

La LCSP modifica, para la fase concreta de preparación de los contratos del sector público, aspectos específicos de la regulación anterior que suponían para las pymes barreras de acceso al mercado de la contratación pública.

23. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», ob. cit., p. 3.

24. En este sentido, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», ob. cit., p. 3.

25. La Estrategia Nacional de Contratación Pública se define por la LCSP como «el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se basará en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores» (artículo 334.1).

26. Me pronuncio sobre esa posible inconstitucionalidad en CANALS AMETLLER, Dolors: «El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», ob. cit.

En sentido parecido a la legislación anterior, hace hincapié en la eficiencia de la contratación pública, estableciendo las obligaciones a cargo de las entidades públicas de velar por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, de favorecer la agilización de los trámites, y de promover la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información (artículo 28.2 LCSP).

La reducción de los costes de información relativa a la contratación pública constituye uno de los instrumentos más válidos para facilitar la participación de las pymes y su acceso a los contratos del sector público, junto con la simplificación administrativa y la reducción de trámites y cargas administrativas, esto es, una menor burocracia para los operadores económicos durante el proceso de licitación que ha de redundar también en beneficio de los órganos de contratación²⁷.

Medida clara de disminución de los costes de información para las pymes son las consultas preliminares al mercado, que tienen por finalidad preparar mejor la licitación consultando a expertos externos y/u operadores económicos e informarles de los planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al futuro procedimiento para su adjudicación. Una vez realizadas las consultas, el órgano de contratación hará constar en un informe los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las correspondientes respuestas. Dicho informe será motivado, formará parte del expediente de contratación, será publicado en el perfil del contratante, y el órgano de contratación deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas al elaborar los pliegos, con carácter general (artículo 115 LCSP).

Con todo, el propio texto de la LCSP impide cumplir con el objetivo de reducir los costes de información, porque nos situamos ante texto legislativo de baja calidad técnica e inabarcable incluso para los expertos en la materia, con ciertas partes incomprensibles si no se tienen conocimientos o experiencia previos en este ámbito²⁸. La LCSP es una ley *hiperreguladora* que dificulta su posterior desarrollo reglamentario, también en el ámbito local, en aquellos aspectos en los que las entidades locales tengan algún margen de maniobra²⁹.

27. Así lo afirma el Preámbulo de la LCSP.

28. Con la consiguiente urgencia de formación para los empleados públicos, pero también para las pymes.

29. Véase, entre otros, DIEZ SASTRE, Silvia: «Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: El régimen jurídico aplicable», en DIEZ SASTRE, Silvia (dir.), *La nueva Ley de*

No puede negarse que opta por un grado mayor de simplificación en la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos relativos a las cualidades del licitador. En este afán de simplificación documental, el artículo 140, apartado 1, regula el DEUC (documento europeo único de contratación) y la declaración responsable, que ha de ajustarse al formulario del documento europeo. Pero, pese a ser una medida simplificadora, el DEUC aparenta ser un documento administrativo bastante difícil de cumplimentar, por lo que la misma LCSP contempla la posibilidad de que este documento sea sustituido por una declaración responsable según el modelo recogido en el correspondiente pliego, que podrá ser rectificada en el plazo máximo de tres días cuando se aprecien defectos subsanables (artículo 141).

Por último, supone una importante reducción de cargas administrativas el nuevo régimen de acreditación de la solvencia técnica para las empresas de nueva creación (entendiendo por tales aquellas que tengan una antigüedad inferior a 5 años) establecido en los artículos 88.2 (contratos de obras) y 89.1.h LCSP (contratos de suministro), los cuales excluyen la exigencia de experiencia en contratos similares de valor estimado inferior a 500 000 euros. Se permite que tales empresas acrediten su solvencia con referencia a su personal técnico, instalaciones, medios de investigación, medidas y certificados de calidad, muestras de productos, o con indicadores similares.

2.3

En la presentación de garantías efectivas y pagos anticipados

También para los trámites de carácter económico la LCSP introduce algunas medidas orientadas a facilitar la licitación de las pequeñas y medianas empresas, como así sucede con la prestación de las garantías exigibles y, en particular, para la constitución de garantías definitivas. En este sentido, de acuerdo con el artículo 108.2:

Cuando así se prevea en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la garantía definitiva en los contratos de obras, suministros y servicios, así como en los de concesión de servicios cuando las tarifas las abone la Administración contratante, podrá constituirse mediante retención en el precio. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se fijará la forma y condiciones de la retención.

Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales, IDL/UAM-Jurisutilita.es, A Coruña, 2018, en especial pp. 37 y ss.

Esta regulación parece permitir a las pymes no anticipar la constitución de la garantía definitiva antes de cobrar ninguna certificación³⁰.

En cuanto a los pagos anticipados (artículo 198 LCSP), si bien no constituyen una novedad en sentido estricto, suponen una de las medidas más importantes para las pymes, porque supondrá no tener que anticipar ningún recurso si en el pliego de cláusulas administrativas particulares se prevé, previa garantía, el pago anticipado por las actuaciones preparatorias del contrato (artículo 198.3):

El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

2.4

En fase de ejecución del contrato: cambios en la subcontratación pública

Las rectificaciones más importantes del régimen de la subcontratación (artículo 215)³¹ respecto de la regulación anterior, desde la perspectiva de las pymes, son, por un lado, la supresión de la limitación de subcontratación del 60 % del importe de adjudicación, y por otro, el nuevo régimen de pagos a subcontratistas y suministradores (artículo 216). En concreto, se establece la obligación de los contratistas de pagar a los subcontratistas y suministradores el precio pactado en los plazos preceptivos de la mencionada Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, siempre que el subcontratista o suministrador haya entregado las facturas en los plazos legalmente previstos. Además, se prohíbe a los contratistas renunciar válidamente a estos derechos de cobro, antes o después de su adquisición (artículo 216.6). Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes quedan facultados para comprobar el estricto cumplimiento de los pagos por parte de los contratistas adjudicatarios, con penalidades en caso de

30. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», ob. cit., p. 4.

31. Sobre las modificaciones de la LCSP en el régimen de la subcontratación, véase, entre otros, PUNZÓN MORALED A, Jesús: «Cesión y subcontratación», en GAMERO CASADO, E. y GALLEG O C ÓR COLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, en particular, pp. 1158 a 1189.

incumplimiento en tanto que los pagos constituyen condiciones esenciales de ejecución del contrato público (artículo 217).

Ahora bien, esta facultad de comprobación de los órganos de contratación sobre el estricto cumplimiento de las obligaciones de pago derivadas de unos contratos de naturaleza privada como son los subcontratos y los contratos de suministro (artículo 215.7 LCSP) –introducida por la citada Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que añadió el artículo 228 bis al TRLCSP, relativo a la comprobación de los pagos a los subcontratistas³² otorga a las Administraciones Públicas una posición de tutela de los intereses económicos de los subcontratistas y suministradores frente al contratista principal que genera alguna que otra duda, principalmente por el carácter privado del contrato del que surge la obligación de pago, mucho más cuando esa posición especial del órgano de contratación solo se da respecto de una de las partes de la relación jurídica privada. Y ello porque los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal, que asumirá, así, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración Pública, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (artículo 215.4).

Es más, la LCSP contempla la posibilidad de prever en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se realicen pagos directos a los subcontratistas por parte del órgano de contratación, pagos directos cuyos derechos de cobro podrán ser cedidos de acuerdo con las condiciones legalmente previstas. Dichos pagos directos a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la Administración contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra. En ningún caso será imputable a la Administración Pública el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal a la factura presentada por el subcontratista (disposición adicional quincuagésima primera). Esta posibilidad de pagos directos de la Administración Pública a los subcontratistas, parcamente regulada en la LCSP, responde claramente a las aspiraciones de las pymes, pero en su aplicación práctica generará, tal vez, problemas importantes de interpretación y de difícil solución jurídica.

32. Es de interés la Recomendación 1/2014, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, sobre comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores.

Pese a estas medidas claras de fomento del acceso de las pymes a la contratación pública a través de la subcontratación, la LCSP deja en manos de los contratistas principales la selección plena de los subcontratistas, al suprimir la previsión que contenía el TRLCSP relativa a que el propio órgano de contratación pudiera imponer al contratista principal la subcontratación con terceras empresas, no vinculadas a este último, de algunas partes de la prestación que no excedieran en su conjunto del 50 % del presupuesto del contrato, siempre que gozaran de sustantividad propia dentro del conjunto que las hicieran susceptibles de ejecución separada (artículo 227.7 TRLCSP); supresión que podría explicarse por la posibilidad actual de división en lotes separados del objeto del contrato público.

3

La división en lotes del objeto del contrato público: de la indivisibilidad a la presunción de divisibilidad

3.1

El objeto del contrato público y la regla ordinaria de su indivisibilidad

El objeto del contrato se ha venido definiendo como el conjunto de prestaciones y obligaciones de las partes que ha de ser determinado y bien definido. En este sentido, es de interés el Acuerdo 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que recoge a su vez el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 991/2015, de 23 de octubre de 2015. En dicho Acuerdo se señala lo siguiente:

El objeto de los contratos son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Es esta la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier prestación genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su capacidad para concurrir a la licitación, a través de la relación entre el objeto del contrato y el objeto

social del licitador. En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con mayor exactitud posible el objeto y el alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y, en su caso, decidir presentar sus ofertas.

Una descripción bien hecha del objeto del contrato otorga seguridad jurídica a los licitadores y, para el caso concreto de las pymes, facilita su acceso a la información relativa a los contratos públicos. Por otra parte, como se ha señalado bien, que el objeto sea determinado «obedece a la necesidad de conocer con toda precisión qué es lo que está obligado a dar o realizar el adjudicatario y qué es lo que tiene derecho a recibir el ente público adjudicador»³³.

En la actualidad, la LCSP contiene la definición genérica del objeto de los contratos públicos únicamente en el artículo 99, aunque se refiere al mismo en otros preceptos³⁴. Según el artículo 99.1:

El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo 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. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contratan.

Como es sabido, la regla tradicional en nuestro ordenamiento jurídico ha venido siendo, hasta la LCSP, la no divisibilidad del objeto del contrato público (artículo 86.3 TRLCSP)³⁵, si bien se venía reconociendo la discre-

33. RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón: «Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos. División en lotes y contratos con objeto múltiple», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGRO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 715-751, en concreto, p. 720, quien relata a continuación los supuestos legales en los cuales el objeto de un contrato no estará plenamente definido hasta el momento en el que se produzca la adjudicación, como, por ejemplo, en los contratos en los que hayan de tenerse en cuenta criterios de adjudicación distintos del precio, permitiéndose a los licitadores presentar variantes (artículo 142).

34. También, por ejemplo, cuando define la prestación dentro de la regulación de las prescripciones técnicas particulares en los artículos 124 y ss.

35. *Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.*

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como esta es definida en el artículo 6, cuando

cionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades concretas, y, por tanto, la división en lotes del objeto del contrato público se entendía como un «derecho potestativo» que asistía al órgano de contratación³⁶.

Así pues, la regla ordinaria de indivisibilidad podía romperse excepcionalmente y se admitía una posible división del objeto del contrato, siempre y cuando dicho objeto admitiera el fraccionamiento y así se justificara debidamente en el expediente de contratación, se respetaran los requisitos legales previstos y no existiera voluntad fraudulenta (artículo 86.3 TRLCSP)³⁷.

dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2.

36. Resolución n.º 421/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 27 de mayo de 2016: «Es doctrina de este Tribunal (por todas, Resolución 124/2013, de 27 de marzo), la que sostiene que “el artículo 86 del TRLCSP parte de la regla general de no división del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”. Ahora bien, también ha declarado el Tribunal (Resolución 247/2012, de 7 de noviembre) que la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 86 del TRLCSP “no determina necesariamente y en todo caso que debe procederse al fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, y ello en razón de que el artículo 86.3 del TRLCSP configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación (“...podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante la división en lotes...”) y cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente (“...y así se justifique debidamente en el expediente...”), entrañando un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurren; en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una excepción a la regla general que constituye el que puede denominarse sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes”. Así las cosas, “es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios –eficacia y eficiencia en la contratación pública y, más concretamente, los aspectos (...) de una parte de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte–, lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes”» (FJ 10.º, con cita del FJ 6.º de la Resolución 85/2016, de 1 de abril, del mismo Tribunal).

37. Sobre ello, me remito al estudio de AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «El fraccionamiento de los contratos: invalidez y fraude de ley», *Revista de Estudios Locales. CUNAL* (ejemplar dedicado a *Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local*, coordinado por Jesús Colás Tenas y Silvia Díez Sastre), n.º extra 161, 2013, pp. 147-181.

3.2

La inversión de la regla anterior: de la indivisibilidad a la presunción de divisibilidad del objeto del contrato público

La regla actual de división en lotes diferenciados del objeto del contrato público³⁸ supone la inversión de la regla vigente hasta los últimos años relativa a la indivisibilidad del objeto del contrato, recogida en el artículo 86.2 del TRLCSP, según el cual «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

La LCSP, en la senda de la Directiva 2014/24/UE, establece la divisibilidad del objeto del contrato público, si bien con los mismos límites legales. De acuerdo con el artículo 99.3 LCSP:

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 cuarta³⁹.

Pese a ello, es necesario reiterar de nuevo que la LCSP mantiene idénticos límites legales a la partición del objeto contractual, esto es, no podrá fraccionarse un contrato público con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, porque nos situaríamos nuevamente en fraude de ley.

Luego, la diversificación del objeto del contrato público en lotes separados para su ejecución o realización independiente –en los términos del apartado 3 del artículo 99– no supondrá un fraccionamiento irregular en tanto en cuanto las normas procedimentales y de publicidad sean las que correspondan

38. Véanse los estudios, entre otros, de BATET JIMÉNEZ, M.^a Pilar: «La división del objeto del contrato en lotes», *Gabilex*, n.º 6, junio 2016; de la misma autora, «La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 de diciembre de 2017, pp. 2862 y ss.; CASTRO MARQUINA, Gonzalo: «La división en lotes: panorama y propuestas tras el 18 de abril de 2016, ante la necesaria aplicación del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE», *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2016, 2017, pp. 359-412; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.^a del Carmen: «Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 21, 2017, pp. 192-228; y SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.^a José: «División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero 2018, pp. 1-9.

39. La disposición adicional cuarta de la LCSP regula los denominados «contratos reservados», y su contenido equivale a la disposición adicional quinta del TRLCSP.

al valor acumulado de todos los lotes en que se parcela el contrato (artículo 99.6). Por tanto, supone un uso adecuado del fraccionamiento o partición del objeto del negocio jurídico reconocido ahora expresamente en norma legal por imperativo de la normativa europea.

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 de contratación, «salvo en los casos de contratos de concesión de obras» (artículo 99.3)⁴⁰.

En todo caso se considerarán motivos válidos para justificar la no división en lotes del contrato los siguientes (artículo 99.3):

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

Para valorar la aplicación efectiva de este supuesto, cabe tener muy en cuenta que, si bien la división en lotes intensifica la competencia, ello no significa que la falta de fraccionamiento del contrato en lotes separados implique, siempre y en todo caso, la existencia de restricción de la competencia, aunque sí puede restringirla obviamente⁴¹. Y podrá eludirse la división en lotes en sectores donde no existan pymes en el ámbito concreto de las prestaciones a contratar, como es lógico.

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

En este supuesto, en la valoración del órgano de contratación sobre la posibilidad de división o no del objeto del contrato en lotes diferenciados, primarán las eventuales dificultades técnicas en la ejecución de las prestaciones contractuales, porque el elemento clave es la prestación o ejecución

40. No he conseguido encontrar la razón o explicación a esta excepción relativa a los contratos de concesión de obras.

41. AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «El fraccionamiento del contratos: invalidez y fraude de ley», ob. cit., pp. 171 y ss.

independiente de la parte o lote separado⁴². Ahí se encuentra la conexión con la importancia de concretar o determinar correctamente el objeto global del contrato (artículo 99.1 LCSP).

En suma, a partir de la LCSP, como medida estrella de fomento de la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, la regla ordinaria es la división o fraccionamiento del objeto del contrato en lotes, si bien el poder adjudicador tiene libertad para decidir no dividirlo siempre y cuando existan motivos válidos que deberán justificarse en la memoria explicativa o expediente de contratación (artículo 116.4.g) que ha de publicarse necesariamente en el perfil del contratante (artículo 63.3.a).

Así pues, existe la presunción legal de divisibilidad del objeto del contrato, pero los poderes adjudicadores no tienen la obligación jurídica de acordar esa diversificación, por lo que sigue existiendo discrecionalidad del órgano de contratación no solo para partir el objeto del contrato, sino también para confeccionar los lotes y, en su caso, para la integración de las prestaciones, discrecionalidad que «ha de ser matizada por los principios rectores de la contratación pública, tales como la eficiencia en la utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto del contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario» (Resolución 160/2017 de 23 de mayo, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

En este mismo sentido lo señala la Directiva 2014/24/UE cuando dispone 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 estimen oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial» (considerando 79).

3.3

Requisitos de preparación y configuración de los lotes. Efectos jurídicos

Cuando el órgano de contratación decida la división en lotes del contrato público, podrá introducir limitaciones en la adjudicación de los lotes, justifi-

42. Véase la Nota informativa 2/2014, de 9 de mayo, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

cándolas debidamente en el expediente de contratación. Así, de acuerdo con el artículo 99.4 LCSP:

- a) *Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.*
- b) *También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.*

En todo caso, si el órgano de contratación considera oportuno introducir alguna de estas dos limitaciones, deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por otra parte, la LCSP permite la adjudicación a la oferta integradora más ventajosa. En este sentido, cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato, y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote a un mismo licitador, aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes (artículo 99.5):

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

Esto significa una proposición simultánea a varios –combinación de lotes– o todos los lotes, según se establezca en los pliegos contractuales, de modo que se permita seleccionar la mejor oferta, individualmente o integrada, incorporando elementos reales de comparación.

Por último, cabe remarcar que la división en lotes separados del objeto del contrato público conlleva, como efecto jurídico inmediato –salvo que se establezca otra previsión en sentido contrario en el pliego que rija el contrato–, que cada lote constituya por sí mismo un contrato público independiente (artículo 99.7 LCSP). Con ello, se produce una diversifica-

ción o ramificación de la relación contractual del poder adjudicador con las distintas empresas contratistas, situándonos ante una relación jurídico-administrativa múltiple desde la posición de una sola de las partes –la de la Administración Pública contratante–, cuyas particularidades y efectos jurídicos singulares no pueden ser aquí tratados por razones obvias, pero a nadie escapan los efectos multilaterales en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por alguno de los adjudicatarios de los lotes separados.

4

Bibliografía consultada

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «El fraccionamiento de los contratos: invalidez y fraude de ley», *Revista de Estudios Locales. CUNAL* (ejemplar dedicado a *Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local*, coordinado por Jesús Colás Tenas y Silvia Díez Sastre), n.º extra 161, 2013, pp. 147-181.
- ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina: «Medidas para fomentar la participación de las pymes en la contratación pública. Análisis de las directivas de cuarta generación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 182, 2017, pp. 375-408.
- BATET JIMÉNEZ, M.ª Pilar: «La división del objeto del contrato en lotes», *Gabilex*, n.º 6, junio 2016.
- BATET JIMÉNEZ, M.ª Pilar: «La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 de diciembre de 2017, pp. 2862 y ss.
- CANALS AMETLLER, Dolors: «El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 55, 2018.
- CASTRO MARQUINA, Gonzalo: «La división en lotes: panorama y propuestas tras el 18 de abril de 2016, ante la necesaria aplicación del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2016*, 2017, pp. 359-412.
- DÍEZ SASTRE, Silvia: «Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: El régimen jurídico aplicable», en DÍEZ SASTRE, Silvia (dir.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*, IDL/UAM-Iurisutilita.es, A Coruña, 2018.

- LÓPEZ ZURITA, Lucía: «La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, n.º 4, enero-diciembre 2017, pp. 146-150.
- MAÑES MARTÍNEZ, Eva: «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, 2015, pp. 389-432.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero 2018, pp. 1-12.
- PUNZÓN MORALEDA, Jesús: «Cesión y subcontratación», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1158-1189.
- RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón: «Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos. División en lotes y contratos con objeto múltiple», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 715-751.
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.^a del Carmen: «Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 21, 2017, pp. 192-228.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.^a José: «División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero 2018, pp. 1-9.