

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

FACULTAD DE DERECHO

MASTER EN ABOGACÍA

Trabajo Fin de Máster

Curso: 2015/2016

“EL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO

EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE”

Autor: Beatriz Vázquez Fernández

Director: D. Javier García Luengo

Oviedo, Enero 2016

INDICE

	<u>Página</u>
Abreviaturas.....	3
Resumen.....	5
1. Justificación del estudio.....	7
1.1. Presentación.....	7
1.2. Relevancia de la investigación y aportaciones.....	8
1.3. Objetivos.....	10
2. Análisis del artículo 86 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011.....	10
2.1. El fraccionamiento del objeto del contrato como fraude de ley: Uso y abuso del contrato menor	12
2.1.1. Análisis del fraccionamiento ilegal de los contratos públicos en algunos ejemplos de la reciente jurisprudencia.....	13
2.2. El fraccionamiento del objeto del contrato ajustado a derecho	15
3. Diez años de trabajo para una nueva Directiva. La importancia de las PYME en la contratación pública.....	19
3.1. Análisis de los principales trabajos publicados.....	20
3.2. La relevancia de las PYME en la contratación pública.....	22
4. La regla general de la división del contrato en lotes en la Directiva Europea 2014/24/UE.....	27
4.1. La transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE.....	33

5. La “adaptación” a la Directiva 2014/24/UE de la práctica contractual en los Ayuntamientos españoles.....	35
6. Conclusiones.....	38

Abreviaturas

Art.	Artículo
Ayto.	Ayuntamiento
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CP	Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre del Código Penal
Directiva 2004/18/CE	Directiva sobre contratación pública para sectores habituales, coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio. del Parlamento y del Consejo de 31 de marzo de 2004
Directiva 2014/24/UE	Directiva sobre contratación pública, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014
Directiva 2014/25/UE	Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE
INE	Instituto Nacional de Estadística
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa

LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
L.E.Crim	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Criminal
L.O.	Ley Orgánica
PYME	Pequeñas y Medianas Empresas
SME's	Small and Medium Enterprises
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
TSJ AS	Tribunal Superior de Justicia de Asturias
UE	Unión Europea
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

Resumen

El próximo 18 de abril de 2016 finaliza el plazo para proceder a la transposición por parte de los Estados Miembros de la Unión Europea del último paquete de Directivas aprobado en materia de contratación pública¹; siendo objeto de estudio en este trabajo, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que viene a derogar la vigente en esta materia hasta la fecha, es decir, la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Uno de los elementos más destacables de la norma a sustituir, es sin duda, el fraccionamiento del objeto del contrato. Las limitaciones que la vigente regulación establece respecto a la fragmentación del objeto en los contratos públicos, con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, han supuesto la emisión de numerosos informes por parte de las diferentes Juntas Consultivas de Contratación Administrativa existentes en España, y no pocos asuntos relativos al fraccionamiento del objeto de los contratos, celebrados por parte de las administraciones públicas han llegado a los tribunales, con el objeto de esclarecer la existencia o no de irregularidades en la contratación pública debido a su uso inadecuado.

Adelantándose a la transposición de la norma europea, algunos municipios españoles, ya han elaborado instrucciones y recomendaciones en las que introducen

¹ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

elementos propios de la Directiva 2014/24/UE, con el objeto de incorporarlos en la celebración de sus contratos.

En este trabajo de fin de máster en Abogacía, se intenta dar respuesta a las novedades que sobre el fraccionamiento del objeto del contrato trae consigo la nueva Directiva Europea, y que suponen, en lo relativo a su división en lotes, una postura significativamente opuesta con respecto a la actual regulación. Además, se analizan otras novedades que completan esta figura, como es la posibilidad de limitar el número de lotes a los que puede acceder un adjudicatario, la posibilidad de realizar combinaciones de lotes y sus consecuencias. Todo ello, con la voluntad de aportar luz en un asunto de tan extraordinaria actualidad, no sólo por la inminente entrada en funcionamiento de dichas novedades, sino también por el ámbito subjetivo de esta nueva Directiva, y es que, uno de los destinatarios principales a quien va dirigida esta reforma, son las pequeñas y medianas empresas de todos los países miembros de la Unión Europea, que como veremos en este trabajo, han ganado su espacio en el ámbito de la contratación pública.

Así por tanto, este trabajo tiene como destinatarios, tanto a juristas como a otros expertos en la materia que desde la función pública han de estudiar y ejecutar el contenido de la nueva Directiva; y por supuesto a las empresas, especialmente las PYME, para que puedan conocer las facultades que esta norma les atribuye, y lograr entre todos, una contratación pública más accesible a las mismas, para que todo ello redunde en una mejora en la gestión del gasto público, dando cumplimiento así, al artículo 31.2 CE, cuando señala que *“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”*; artículo que ha de ponerse en conexión directa con la eficiencia en la contratación que establece el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

1.1. Presentación

La indiscutible importancia que tiene la contratación pública en nuestro ordenamiento, se pone de manifiesto a mediados del siglo XIX con el primer documento escrito sobre contratos de servicios públicos que ha llegado hasta nuestros días, el Real Decreto de 27 de febrero de 1852².

Dicho documento, presentado ante la Reina Isabel II y las Cortes Generales para su aprobación, por Juan Bravo Murillo, siendo Presidente del Consejo de Ministros de España, -lo que equivale a la figura del Presidente del Gobierno actualmente-, encuentra su origen en un proyecto de ley redactado dos años antes, en diciembre de 1850; y establece como objetivo principal “garantizar los intereses legítimos de la Administración y de los particulares mediante la aprobación de una regulación destinada a evitar *“los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos”*”, dejando por tanto evidente, la necesidad de establecer ciertos límites en la actuación de las administraciones públicas, en lo que se refiere a la materia de contratación de los servicios públicos.

No deja de sorprender, a pesar de los años transcurridos, que ya en este momento de la historia, fuera tan habitual la comisión de arbitrariedades en los procesos de contratación pública y que el legislador se viera en la necesidad de poner freno a tales abusos.

Más de un siglo y medio después, la evolución legislativa que desde entonces se ha venido desarrollando en nuestro ordenamiento, se ha ligado directamente a la voluntad por parte del legislador de prevenir, evitar y en último caso penalizar esos abusos que, a pesar de los numerosos intentos, no se han dejado de cometer por parte de las administraciones públicas, ya sea de forma voluntaria o involuntaria.

² Gaceta de Madrid núm. 6460 de 29 de febrero de 1852.
<http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1852/6460/A00001-00002.pdf>

La adhesión de España en el año 1985³ a la entonces Comunidad Económica Europea, significó liberar y ampliar mercados, pero también supuso la adaptación e incorporación de la numerosa regulación comunitaria existente sobre contratación pública, entre otra, a nuestro ordenamiento; lo que trajo consigo, la necesaria adecuación de nuestra normativa y el establecimiento de nuevos procedimientos en la manera de contratar por parte de las administraciones.

En los últimos tiempos, a nivel nacional, la entrada en vigor de normas como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, o la Ley 25/2013, de 27 de diciembre de impulso de la factura electrónica y creación de registro contable de facturas en el Sector Público, entre otras, reflejan la importancia que se atribuye a una correcta contratación pública y a la necesidad de llevar a cabo una impecable gestión por parte de los poderes públicos en esta materia, impulsada también por una fuerte demanda social. *A sensu contrario*, y a pesar de la extensa normativa que se ha promulgado en materia contractual a lo largo de los años, esa necesidad que ya se ponía de manifiesto hace más de ciento cincuenta años por parte de Bravo Murillo, parece que no se ha logrado cubrir por completo, más bien al contrario, cada vez resulta más necesario establecer nuevos límites y controles en la actividad contractual de las administraciones públicas.

1.2. Relevancia de la investigación y aportaciones

A lo largo de los últimos veinte años la regulación en España ha pasado por nada menos que por cinco leyes en materia de contratación pública⁴, sin perjuicio de las

³ BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986, Instrumento de ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

⁴ -Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas.

numerosas modificaciones introducidas por diversas normas complementarias. Como ejemplo de esta incesante regulación, la última modificación más cercana en el tiempo, ha sido la publicación del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Esta incansable actividad del legislador por incorporar matices en la normativa contractual deja constancia de su relevancia y de ahí la necesidad de este trabajo.

Las tres últimas directivas en materia de contratación pública, fueron aprobadas en el año 2014 y en los diez años transcurridos desde la aprobación de la anterior Directiva 2004/18/CE en el año 2004, se han sucedido importantes cambios en la actividad económica de los Estados Miembros y del conjunto de los países industrializados, que han repercutido directamente en la actividad contractual de las Administraciones Públicas y que se han visto recogidos en esta nueva Directiva.

Así, lo que en la Directiva 2004/18/CE se planteaba como un instrumento excepcional que en ocasiones podía suponer la comisión de abusos en la contratación pública, esto es, el fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división en lotes; con la nueva Directiva 2014/24/UE se presenta como una obligación, favoreciendo el fraccionamiento, en aras de facilitar el acceso a las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública.

-Ley 53/1999, de 28 de diciembre por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

-Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

-Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

-Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Sin duda, este cambio introducido por la nueva Directiva, y que es el objeto de este estudio; hace que resulte necesario detenerse a analizar las peculiaridades de una de las características más relevantes de la que, hasta ahora, era la norma de referencia y las causas por las que se ha llevado a cabo este giro en la normativa y las consecuencias que traerá consigo en la práctica diaria para todos los sujetos que interrelacionan en este ámbito del derecho.

1.3. Objetivos

El objetivo de este trabajo consiste en analizar una de las cuestiones que, sin duda, más se van a ver alteradas, con la nueva regulación, es decir, lo referido al fraccionamiento del objeto del contrato y a su división en lotes; y adelantarse a la futura incorporación de esta cuestión en nuestro ordenamiento jurídico, analizando las posibles situaciones prácticas en las que se encontrarán aquellos que trabajan en la contratación pública de una manera o de otra, es decir, ya sea desde dentro de las propias instituciones o desde fuera de ellas, como licitadores o como defensores de las partes implicadas.

Si bien es cierto, como decíamos en el resumen de este trabajo, que algunos Ayuntamientos españoles ya han elaborado instrucciones o recomendaciones en materia de contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, lo cierto es que aún tendremos que esperar a la aprobación de una futura ley estatal de contratación pública que adapte a nuestro marco normativo la totalidad de la norma europea.

2. ANÁLISIS DEL ARTICULO 86 DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2011.

La numerosa regulación en materia contractual que se ha aprobado en nuestro ordenamiento a lo largo de los años, ha tenido un elemento común consistente en la **indivisibilidad del objeto del contrato**, con carácter general.

Así, según el art. 86.2 TRLCSP, *“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 prohibición de la indivisibilidad del objeto del contrato, no es otra que *“impedir un fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea”*, según se indica en el Informe 69/08, de 31 de marzo de 2009 de la JCCA *“Fraccionamiento de un contrato de obras y división en lotes”*.

Sin embargo, esta regla general se ve exceptuada en el propio artículo 86.3 TRLCSP, al admitir los supuestos de un posible fraccionamiento, siempre que se respeten dos circunstancias ineludibles, a saber:

- a) Por un lado, la debida justificación en el expediente de la necesidad del fraccionamiento; en cuyo caso, *“podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes”*; además, dichos lotes han de ser susceptibles de utilización o aprovechamiento separado -lo que se ha venido denominando unidad funcional u operativa- o así lo exija la naturaleza del objeto.
- b) Y por otro lado, *“podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, 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”*.

Esta excepción facultada por el legislador, ha sido utilizada de manera excesivamente frecuente, dejando la puerta abierta a una mera justificación en el expediente de contratación por parte del órgano contratante para acudir al fraccionamiento del contrato y eludir el procedimiento que en su caso, correspondería.

Creemos que resulta necesario detenerse en este punto para analizar más profundamente el contenido de este artículo que la Directiva 2014/24/UE modificará sustancialmente.

Tal y como se recoge en el TRLCSP, existen dos planteamientos respecto al fraccionamiento del objeto del contrato. Como regla general, no se admite el fraccionamiento; lo contrario supondría incurrir en un acto contrario a la ley. Sin embargo, a continuación, el propio artículo 86, flexibiliza esa limitación si se cumplen ciertos requisitos y circunstancias, por lo que, no todos los fraccionamientos resultarán ilegales.

Vamos a analizar a continuación ambas posibilidades:

2.1. EL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO COMO FRAUDE DE LEY: USO Y ABUSO DEL CONTRATO MENOR.

El artículo 86 TRLCSP comienza señalando que “*El objeto de los contratos del sector público ha de ser determinado*”; y continúa señalando la prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato: “*No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan*”. Por lo tanto, aunque en un primer momento no se admite el fraccionamiento, una lectura del apartado 2 del artículo 86 *a sensu contrario*, deja claro que el fraccionamiento será posible siempre y cuando no se pretenda disminuir la cuantía del contrato para eludir la publicidad del contrato o para evitar seguir el procedimiento de adjudicación correspondiente en cada caso.

Ahora bien, el TRLCSP, al igual que sus normas predecesoras y siguiendo la regulación comunitaria en materia contractual; señala los principios a los que se sujeta la contratación pública: *libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos*. El fraccionamiento indebido del objeto del contrato, tiene como finalidad última, eludir estos principios y el instrumento fundamental para ello, ha sido la utilización indiscriminada del **contrato menor** por parte de las administraciones públicas. Contrato este, el menor, en el que el requisito de publicidad no es necesario y para el que la ley

establece como únicos límites la cuantía -que con los años, cada vez se ha aumentado más- y un plazo de ejecución, no superior a un año.⁵

Vamos a analizar a continuación, algunos supuestos de la reciente jurisprudencia en los que destaca el uso ilegal de la fragmentación de los contratos públicos y el abuso del contrato menor para evitar el procedimiento legalmente establecido.

2.1.1. ANÁLISIS DEL FRACCIONAMIENTO ILEGAL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN ALGUNOS EJEMPLOS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA.

Son numerosos los asuntos que, sobre el fraccionamiento ilegal del objeto del contrato, existen no sólo en nuestra jurisprudencia sino también en la jurisprudencia europea. A modo de ejemplo, vamos a analizar a continuación, algunas sentencias recientes:

⁵ **Art. 111 TRLCSP: 1.** *“En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan”.*

2. *“En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.*

Art. 138.3 TRLCSP: *“Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.*

Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal”.

***Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 31 de Marzo de 2010, Recurso de Apelación núm. 423/2009.**

La presente sentencia, viene a resolver el recurso planteado ante la anterior, dictada en el año 2008 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Murcia, en la que se declaraba la nulidad del acuerdo del Ayto. de Totana por prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido de acuerdo al tipo de contrato, al celebrar **dos contratos menores** para la contratación de los servicios de asesoría y asistencia jurídica para trabajos de finalización del P.G.O.U., y de servicios de asesoría y asistencia técnica para realizar los trabajos de finalización del P.G.O.U. evitando así la tramitación de un expediente de contratación sometido a los principios de publicidad y concurrencia. El fallo de la sentencia apelada se pronunciaba sobre la nulidad los actos administrativos impugnados.

A mayor abundamiento, el uso abusivo del contrato menor en este caso, va más allá del elemento funcional u operativo en que se divide el objeto de este contrato para celebrar dos contratos menores, ya que se acentúa en este caso por la extemporaneidad de los contratos, es decir: *“año y medio después del acuerdo de la Junta de Gobierno que aprobó los contratos menores en cuestión y que tenían un carácter temporal de un mes, los mismos se están prorrogando de manera indefinida en el tiempo en clara y flagrante vulneración de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas”*.

***Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 18 de Febrero de 2014, Recurso de Apelación núm. 108/2012.**

En este caso, la sentencia del TSJ CV desestima, al igual que en el supuesto anterior, el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Alicante, en la que se declaraba contraria a derecho la adjudicación del contrato de *“dirección de obras compartida”*, por parte de la Universidad de Alicante para la construcción de un nuevo edificio de la Facultad de Educación, al fraccionar en dos el objeto del contrato; al licitar por un

lado, un contrato para la redacción del proyecto de construcción y por otro, un contrato para la dirección de las obras.

Por su parte, la Universidad alude a la posibilidad establecida en la ley para permitir el fraccionamiento por lotes de los contratos y alega que *“en el presente supuesto, cada uno de los contratos fraccionados, y correlativamente adjudicados, gozaban de sustantividad propia y diferenciada al exigirse distinta cualificación profesional”*; sin embargo, aquí la cuestión está por un lado en la imposibilidad del fraccionamiento realizado, con la consecuente elusión de la publicidad; y por otro, en la falta de justificación en el expediente de dicho fraccionamiento, como indica la propia sentencia en su Fundamento de Derecho Quinto: *“Esta Sala comparte en su integridad los razonamientos anulatorios contenidos en la sentencia de la instancia pese a las alegaciones vertidas en sede de apelación por la Universidad de Alicante observándose que el contrato de Dirección de obra- Arquitectura ha sido fraccionado en dos contratos sin cumplir con las previsiones del art. 74 precitado, sin que además el proceso de adjudicación del susodicho contrato haya cumplido con el requisito de publicidad necesario, y sin que por la Administración se haya justificado en ningún caso la necesidad de dicho fraccionamiento y las diferencias entre los contratos fraccionados, que no constan, para justificar el mismo. Y todo ello habida cuenta del carácter excepcional del susodicho fraccionamiento”*.

Finalmente, hacemos referencia a una sentencia de la Jurisprudencia europea sobre un asunto español.

***Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, de 4 de Diciembre de 2014.**

La presente sentencia examina la apelación a una previa sobre la reducción de la ayuda concedida al Reino de España por el Fondo de Cohesión Europeo para el proyecto nº 96/11/61/018, de saneamiento y depuración de las aguas urbanas de la ciudad de Zaragoza al entender la Comisión, que los treinta y cinco contratos celebrados para la ejecución de las correspondientes obras, constituían lotes de una única obra, y que además, ninguno de ellos se había publicado en el *Diario Oficial de*

la Unión Europea, incumpliendo por lo tanto, la normativa europea en materia de contratación.

Por todo lo visto en estas sentencias, queda patente que por la fragmentación en sí misma de un contrato, no se incurre en fraude de ley, sino que, la ausencia de justificación en las causas de su fraccionamiento, la falta de publicidad de la licitación o la celebración de un tipo de contrato -habitualmente menor-, para no cumplir con los requisitos que le corresponderían por razón de su cuantía al contrato, son las causas que dan lugar a un fraccionamiento ilegal del contrato.

También queremos traer a este punto, una sentencia que, a pesar de ser de ámbito penal, tiene su fundamento en el uso fraudulento del fraccionamiento de un contrato y que se ha tomado como referencia por ser un asunto cercano, tanto en el tiempo como en el espacio.

En el año 2013, se presentó ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, por parte de la Fiscalía del Principado, denuncia por un presunto delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP⁶ contra el que fuera Vice-consejero de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias en el año 2010 y el Secretario General Técnico de dicha Consejería, como cooperador necesario, por el fraccionamiento de un contrato de suministro en tres contratos menores, con la finalidad de evitar así, el procedimiento correspondiente.

⁶ Redacción del artículo 404 del Código Penal vigente en el momento en que se dictó la Sentencia: “*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años*”.

Redacción actual del artículo 404 del Código Penal tras la modificación llevada a cabo por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo): “*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años*”.

El objeto del contrato, no era otro que la adquisición una serie de hitos conmemorativos para dar cumplimiento a la ley 52/ 2007 de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían los derechos de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil española y la dictadura. Sin embargo, el precio del contrato, conforme al presupuesto más económico de los tres ofertados, ascendía a 49.856,00 euros; superando en mucho el límite establecido en el artículo 138.3 TRLCSP de 18.000 € cuando no se trate de contratos de obras. Ello, sin entrar a valorar lo que en la propia sentencia se recoge como hecho probado en lo que respecta a la falta de solicitud real del mínimo de tres presupuestos como exige la ley, sino que esta petición fue meramente ficticia y aparente, dado que el Sr. Juan Pablo, en su calidad de administrador de la sociedad New Construction S.L. *entregó personalmente en la sede de la Consejería tres sobres con los respectivos presupuestos, el suyo y el de las empresas Contratas Aurelio Quirós S.A y Nemesio Bedia Construcciones S.L.*

A pesar de que los procedimientos abierto o restringido, son los ordinarios en las adjudicaciones de los contratos públicos⁷, sin embargo, esta adquisición, como se reflejó en los testimonios de los testigos y en la documentación aportada, se prestaba a un procedimiento negociado **-nunca a varios menores-**, como así se puso de manifiesto a los interesados por parte de la funcionaria competente. A pesar de ello, y *para agilizar las adquisiciones*, el Vice-consejero firmó tres Resoluciones en las que se adjudicaba por el procedimiento de contrato menor de suministro la fabricación y colocación de hitos a la empresa New Construction S.L. y posteriormente conformó las facturas presentadas por la empresa adjudicataria, pese a que aún no se habían colocado los monolitos contratados.

Finalmente, los acusados fueron condenados por prevaricación administrativa, dado que *“la contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una*

⁷ Art. 138.2 TRLCSP: *“La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido”*.

argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta.”

Además, la calificación de prevaricación no se atribuye exclusivamente por la fragmentación del objeto del contrato, dado que el fraccionamiento en si mismo, no es constitutivo de ilegalidad; sino que la prevaricación, se produce, como indica la sentencia *“por la combinación de fragmentación, para evitar el procedimiento negociado, y posterior simulación de la presentación de tres presupuestos, encargando todos los presupuestos a un único contratista a quien previamente ya se había decidido adjudicar el contrato, prescindiendo de la posibilidad de que pudiesen presentarse opciones más favorables a los intereses generales”*; evitando así, mediante la formalización de varios contratos menores, tanto la publicidad como el procedimiento correspondiente.

La sentencia del TSJ de Asturias⁸, fue recurrida en Casación ante el TS⁹, por entender los condenados que aquella vulneraba entre otros, sus derechos de defensa a la tutela judicial efectiva y al derecho fundamental a un juez imparcial. Sin embargo, la Sentencia dictada por el TS el pasado mes de abril de 2015, reiteró el fallo emitido por el TSJ AS, y no aceptó los planteamientos presentados por las defensas.

El ilícito penal, por el que finalmente fueron condenados a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, va más allá de una mala *praxis*, ya que, como la doctrina general del Tribunal Supremo ha reiterado *“El delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de una legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios”*.

⁸ N° Recurso: 2/2013-Fecha 06/05/2014

⁹ N° Recurso: 1125/2014-Fecha 30/04/2015

2.2. EL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO AJUSTADO A DERECHO.

Corresponde ahora analizar, la posibilidad de fraccionar un contrato sin que ello suponga fraude de ley. Como indicábamos al inicio del análisis del art. 86 TRLCSP, no toda fragmentación del objeto de un contrato ha de resultar ilícita **per se**, puesto que, en numerosas ocasiones se trata de un instrumento plenamente ajustado a derecho en la contratación pública como así lo han reiterado algunos informes de las diferentes Juntas Consultivas de Contratación existentes en España:

***Informe de la JCCA del Estado 57/08, 31 de marzo de 2009. Requisitos para la división en lotes de la ejecución del proyecto en el contrato de obras.** El Alcalde del Ayuntamiento de Palafrugell, en Gerona, formula la cuestión referida a la posibilidad de celebrar un contrato administrativo de obras para construir una residencia geriátrica, dividiéndolo en ocho lotes, referidos a cuestiones de muy diversa índole como movimiento de tierras y estructura, cierres y carpintería exterior, climatización o ascensores entre otros. La conclusión de la JCCA estima que se pueden contratar por lotes o separadamente las partes de obra que cumplan los requisitos previstos en los dos párrafos del art. 74.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

***Informe de la JCCA del Estado 1/09, de 25 de septiembre de 2009. Habilitación empresarial o profesional, consideración como requisito de legalidad y no como solvencia. Aplicación de la prohibición de contratar en los contratos menores. Fraccionamiento del objeto del contrato.** Además de otras cuestiones, el Presidente de la Diputación de Almería, formula consulta, cuyo apartado 3) se refiere a sendas cuestiones sobre la existencia de fraccionamiento del contrato en la ejecución de varios proyectos de producción audiovisual y de publicidad institucional. La JCCA establece que la Administración puede planificar la realización de varias producciones audiovisuales, pero la ejecución de una no tiene que estar vinculada a la de otra. Y, en cuanto a la publicidad institucional, que, en cumplimiento del deber de mantener informados a los ciudadanos acerca de las actividades que se desarrollan desde las distintas áreas, el hecho de que se contrate con varios medios, responde a la idea de llegar a más población.

Así por tanto, la legalidad de la fragmentación de un contrato público no consiste en no llevarla a cabo, sino en que al hacerlo, se evite separar de manera artificial las partes que constituyen una sola unidad.

3. DIEZ AÑOS DE TRABAJO PARA UNA NUEVA DIRECTIVA. LA RELEVANCIA DE LAS PYME EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El recorrido hasta llegar a la publicación de la Directiva que ahora analizamos, ha llevado diez años de trabajo y estudios, que han dado lugar a la publicación de numerosos informes. A partir de la publicación de la Directiva 2004/18/CE, en marzo de 2004, se iniciaron una serie de análisis sobre sus efectos, muchos de ellos, con la mirada puesta en la mejora de la accesibilidad de las pequeñas y medianas empresas a las licitaciones públicas dentro del respeto a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3.1. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES TRABAJOS PUBLICADOS.

1. El primero de estos estudios, elaborado por la Dirección General de Política de la PYME, perteneciente al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y titulado **“Fomento de la participación de la pequeña y mediana empresa en los procesos de contratación pública”**, se publicó en España en septiembre de 2005.

Se trata de un estudio de situación en el que se intentan poner de manifiesto las barreras con las que se encuentran las PYME en la contratación pública, al mismo tiempo que busca soluciones y detalla una serie de recomendaciones de política económica destinadas a la Administración Pública española, abordando el problema, del tamaño de los contratos e intentando aportar soluciones.

2. El 25 de junio de 2008, se publicó un documento de trabajo de los servicios de la Comisión, más conocido como **“Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”**, en el que analizaban,

con datos extraídos de las propias PYME, aquellos elementos que suponían una traba para su acceso a las licitaciones de las administraciones públicas y en el que, a pesar de su carácter no vinculante, se proponía dos objetivos; por un lado, proporcionar a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores orientaciones sobre cómo aplicar el marco jurídico comunitario de manera que se facilitase la participación de las PYME en los procedimientos de adjudicación de contratos; y por otro, destacar las normas y prácticas nacionales que potencian el acceso de las PYME a los contratos públicos.

3. Simultáneamente, la Comisión Europea dirigió una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, denominada *“Pensar primero a pequeña escala - Small Business Act para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas”*, que destacaba la capacidad de las instituciones de la UE, para aprovechar el potencial de crecimiento e innovación de las pequeñas y medianas empresas como un elemento decisivo para la prosperidad futura de la UE.
4. El 3 de marzo de 2010, la Comisión Europa emitió una comunicación, sumamente relevante en la materia que nos ocupa, cuyos objetivos se marcaban a diez años vista. Hablamos de **“La Estrategia Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”**, cuyos cinco objetivos, *ambiciosos pero alcanzables*, -como el presidente José Manuel Durão Barroso indica en el prefacio del documento- tienen como meta, *salir con éxito de la crisis con propuestas concretas*; y en el que la contratación pública desempeña un papel clave para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos.
5. Antes de cumplirse un año desde la Estrategia Europa 2020, se elaboró el **“Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”** (27/01/2011), que dio lugar a un Proyecto de Dictamen de la Comisión de Política Económica y Social, en abril del mismo año, en el que se

refiere al exceso de detalle de la Directiva 2004/18/CEE en algunos aspectos y que ya augura la elaboración de una nueva Directiva en materia contractual.

6. Nuevamente, en el año 2011, se ponía de relevancia la trascendencia de la actividad económica en la contratación pública con la **Resolución 12/5/2011, del Parlamento Europeo** sobre igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones.
7. Con todos estos estudios y análisis, finalmente, se llevó a cabo la **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública**, que culminó en las Directivas 23, 24 y 25 del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2014.

3.2. LA RELEVANCIA DE LAS PYME EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Sin embargo, todos estos estudios tienen su origen mucho antes de la aprobación de la Directiva 2004/18/CEE. La importancia que desde la Unión Europea se reconoce a las pequeñas y medianas empresas, como instrumento básico para el desarrollo y la creación de empleo, no es algo novedoso. *En el año 1983, el Parlamento proclamó el «Año Europeo de las Pequeñas y Medianas Empresas y del Artesanado» y puso en marcha una serie de iniciativas para fomentar su desarrollo. Desde entonces, el Parlamento ha seguido demostrando su compromiso con el fomento del desarrollo de las PYME europeas¹⁰.*

Como mencionábamos al referirnos a los estudios elaborados en estos últimos diez años, la relevancia de las PYME en la realidad económica europea, también se pone de manifiesto en el «Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», de la Comisión Europea, en el que indica que *“Las PYME, con su gran potencial de*

¹⁰ “Pequeñas y medianas empresas” Frédéric Gouardères Julio de 2015.

creación de empleo, crecimiento e innovación, son consideradas la espina dorsal de la economía de la Unión Europea”.

A nivel nacional, la repercusión de las PYME en el tejido empresarial español y la creación de empleo que generan, queda puesta de manifiesto en el último análisis llevado a cabo por el Gobierno Español sobre la importancia de las PYME en nuestra economía, “**Retrato de las PYME 2015**”¹¹, en el que se señala que el 99,88% del tejido empresarial en España, está constituido por PYME. Además, el mismo estudio indica, que las PYME españolas generan el 66% del empleo empresarial, y que el empleo generado por las PYME ha crecido un 1,63% en el año 2014, con un aumento de 116.515 puestos de trabajo, según fuentes del INE y del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Por ello no es de extrañar, que también a nivel nacional se hayan tomado medidas que favorezcan su inclusión en la contratación pública. Así, en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que establecía entre otras cuestiones, una mayor transparencia de la información en la contratación pública y la simplificación de los trámites administrativos; se incluyó en su artículo 37.1 el objetivo de potenciar la contratación pública con pymes, que fue incorporado literalmente en el art. 22.2 TRLCSP: *“Los entes, organismos y 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”.*

A nivel europeo se calcula que las PYME proporcionan el 67% del empleo, y que crean el 85% de los nuevos puestos de trabajo¹². Con estos datos de empleabilidad, no

¹¹ “Retrato de las PYME 2015”. Dirección General de Industria y de la PYME. Subdirección General de Apoyo a la PYME. Enero de 2015.

¹² “Comprender las políticas de la UE: la empresa” Comisión Europea. Marzo de 2013.

es de extrañar que, desde la Unión Europea se realicen incansables esfuerzos por reducir estos obstáculos para las PYME con la voluntad de activar y facilitar su acceso a las licitaciones de las administraciones públicas. Sin embargo, a pesar de su capacidad para generar empleo, su participación en las licitaciones de las administraciones públicas es realmente escasa.

Según el Resumen de la Evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública, (Documento de trabajo de los servicios de la Comisión) entre los años 2006 y 2008, el valor total de los contratos públicos adjudicados a PYME, en la Unión, giraba en torno al **34 %** del total (Entre el 31% y el 38%).



Tabla 1: Adjudicación de contratos públicos en la UE entre los años 2006 y 2008.

La evolución de estas cifras ha mejorado en el trienio posterior, ya que, según el estudio “SMEs’ access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU”¹³; elaborado para la Comisión Europea y publicado en febrero de 2014, los

¹³ “SMEs’ access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU”. A study commissioned by the European commission, DG Internal Market and Services February 2014: “The approximately 20,8 million SMEs registered in the EU represent 99,8 percent of all enterprises and produce more than a half of European GDP. In the reference period between 2009 and 2011, an estimated 56 percent of all public procurement contracts above the EU-

contratos adjudicados a las PYME (o agrupaciones de empresas liderado por una PYME) han supuesto el **56%** de todos los contratos públicos superiores a los umbrales de la UE que se concedieron, en el periodo de este estudio comprendido entre 2009-2011.

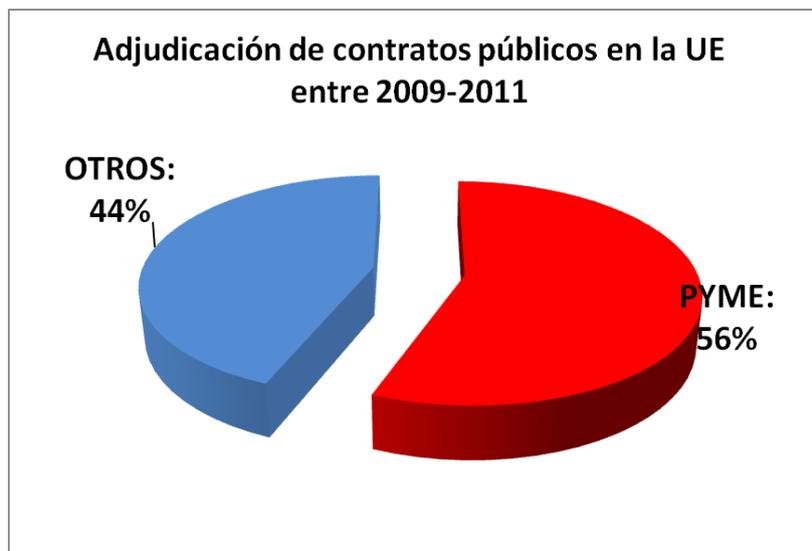


Tabla 2: Adjudicación de contratos públicos en la UE entre los años 2009 y 2011.

Estos datos, aunque han mejorado considerablemente, no se corresponden con el volumen de PYME registradas en la UE. Según el mismo informe del año 2014, “SMEs’ access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU” afirma que existen aproximadamente 20,8 millones de PYME registradas en la UE, lo que representa el 99,8 por ciento de todas las empresas.

Por eso, ante estos datos contradictorios, entre el número de PYME registradas y el número de contratos adjudicados a las mismas, no es de extrañar que desde las instituciones europeas se hayan valorado cuales pueden ser las principales causas u obstáculos que limitan la participación de las PYME en las licitaciones públicas.

thresholds were awarded to SMEs (or groupings of companies led by an SME). In terms of the aggregate value of contracts awarded, this corresponds to a 29 percent market share”.

Según el “Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, los principales **obstáculos** y sus posibles **soluciones** serían los siguientes:

OBSTÁCULOS

- Dificultades a la hora de obtener información.
- Desconocimiento de los procedimientos de licitación.
- Carga administrativa excesiva.
- Gran envergadura de contratos.
- Plazo insuficiente para preparar las ofertas.
- Coste de la preparación de las ofertas. (Las PYME han de soportar costes desproporcionadamente elevados en relación con las empresas de mayor tamaño)
- Niveles de cualificación y requisitos de certificación desproporcionados.
- Exigencias excesivas de garantías financieras.
- Discriminación de licitadores extranjeros/sesgo a favor de empresas locales o nacionales.
- Localización de socios en otros países con fines de colaboración.
- Incumplimiento de los plazos de pago por parte de los poderes adjudicadores.

SOLUCIONES

- Superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos.
- Garantizar el acceso a la información relevante.
- Mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información proporcionada.
- Fijar niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados.

- Aliviar la carga administrativa.
- Poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio.
- Conceder plazo suficiente para preparar las ofertas.
- Velar por que se respeten los plazos de pago.

Todas estas dificultades, han intentado solucionarse en la nueva Directiva 2014/24/UE, la cual, ya desde su Considerando 2, pone en énfasis la necesidad de facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, como instrumento para la eficiencia del gasto público; y que, como veremos, al obstáculo relativo a las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos, se intenta dar solución en el art. 46 de la disposición comunitaria, al facilitar la división de los contratos en lotes.

4. LA REGLA GENERAL DE LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE.

Veámos en el apartado segundo de este trabajo, cómo la regla general de la prohibición de la división del objeto del contrato en la normativa española, podía ser exceptuada si se cumplían ciertos requisitos. Así mismo, también analizábamos en el apartado tercero, la relación de los numerosos estudios llevados a cabo a lo largo de los últimos diez años para facilitar el acceso de las PYME a las licitaciones de las administraciones. Corresponde ahora analizar el resultado de estos trabajos y cómo afectan a la normativa española los cambios realizados en beneficio de las pequeñas y medianas empresas.

Partimos de una de las causas que las propias PYME señalaban como obstáculo para acceder a la contratación pública, es decir, *la gran envergadura de los contratos*, para el

que se plantea como solución *superar las dificultades con el tamaño de los contratos*. Para ello, el Considerando 78 de la Directiva, apunta que ***debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME***. Se muestra con esta frase, el marcado carácter paternalista de la Directiva hacia las PYME, impulsando acciones que cubran las necesidades de aquellas, mediante la implantación de medidas reales destinadas a una verdadera efectividad.

El mismo Considerando continúa con este carácter proteccionista cuando propone que, para aumentar la competencia *procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes*. Se establece así, como una medida concreta la división en lotes de los contratos de gran envergadura para cubrir aquella necesidad planteada por las PYME.

-Esta propuesta, se hace realidad en el apartado 1 del art. 46 de la directiva, al establecer que *“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”* y que se reproduce, casi literalmente, en el art. 65 de la Directiva 2014/25/UE.

Así, mientras que nuestro art. 86.2 TRLCSP indicaba expresamente la prohibición de la división del objeto del 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 postura ahora es significativamente opuesta, al convertir en regla general lo que hasta ahora era la excepción; es decir, se establece la división del contrato en lotes como punto de partida de las licitaciones. Además, será necesario justificar mediante un informe específico *-cuyo contenido mínimo viene tasado en el art. 84 de la Directiva-* las razones para no proceder a la división del contrato¹⁴; lo que vuelve a resultar ser contrario con lo que se establece en el 86.3 TRLCSP.

¹⁴ Sobre los posibles criterios para limitar el número de lotes a los que las empresas se pueden presentar, se puede consultar la nota informativa 2/2014, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, páginas 5 y 6.

Ahora bien, se establece que el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir el contrato en lotes, y se propone, en el Considerando 78 que su decisión no se vea cuestionada ni será sometida a ninguna supervisión administrativa o judicial¹⁵; por lo que este requisito resulta en la práctica, bastante laxo y choca con el derecho a la tutela judicial efectiva.

-El segundo párrafo del art. 46 de la directiva, puesto en relación con el apartado 4, limita esa facultad atribuida al órgano de contratación para adjudicar un contrato en forma de lotes, al permitir a los Estados Miembros, la posibilidad de obligar, en ciertos contratos, a que se adjudiquen en lotes separados.

Así por tanto, en primer lugar, se deja la decisión de la división del contrato en lotes, en manos de cada uno de los poderes adjudicadores; para después establecer una línea más restrictiva, permitiendo que sea el Estado al que pertenecen esos poderes adjudicadores, el que establezca, de manera obligatoria, la división en lotes de cierto tipo de contratos.

-Por lo que se refiere a las justificaciones para llevar a cabo el fraccionamiento, desde las instituciones comunitarias se propone atender a **criterios cuantitativos**, esto es, *haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME*; o bien, atendiendo a **criterios cualitativos**, es decir, *de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos*. Nuevamente, se lleva a cabo una adaptación a las necesidades de las PYME.

-Tras establecer la norma general, el resto del artículo 46 es un desarrollo de cómo proceder en la división de un contrato en lotes; aunque no por ello, carece de importantes elementos a tener en cuenta.

¹⁵ Considerando 78, párrafo segundo: “*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*”

En primer lugar, se establece que, dividida la licitación de un contrato en lotes, existirá un límite respecto al número de lotes a los que las empresas puedan presentar sus ofertas; ese límite será indicado en los pliegos de la licitación, en cada caso. Alguno de los ejemplos de las causas de esta limitación, se indica en el primer párrafo del Considerando 79 de la Directiva y se refiere a razones para preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro.

El segundo de los límites, se refiere al número de lotes que se pueden adjudicar a un mismo licitador. Es decir, el órgano de contratación, estará facultado para establecer, según su criterio, cuántos lotes pueden ser adjudicados a las empresas licitadoras, pero partiendo de una regla que podíamos denominar “*un lote, una empresa*”, ya que, la posibilidad de adjudicar más de un lote al mismo licitador, requiere necesariamente justificación.

En ambos casos, entendemos que se deja en manos del órgano de contratación la delimitación de estos límites sin necesidad de razonamiento alguno, más allá de la lógica para una futura correcta ejecución del contrato. Aunque, parece que el legislador, espera una gestión enfocada a la racionalización de la adjudicación por sectores.

Llegados a este punto, nos planteamos algunos problemas con los que, tanto las administraciones como las empresas se pueden encontrar con la nueva regulación:

1º.-La regla general de la división puede no ser siempre la más favorable.

La finalidad última en este cambio de rumbo en la normativa comunitaria es, como hemos dicho, dar respuesta a uno de los obstáculos que las PYME han señalado para su rechazo a las licitaciones públicas. Ahora bien, a nadie se le escapa, que no son pocas las ocasiones en las que un contrato, a pesar de su posible subdivisión en lotes, puede ser más perjudicial que beneficioso en cuestiones tales como la responsabilidad del adjudicatario. Vamos a poner un ejemplo práctico:

Un Ayuntamiento saca a licitación la construcción de un nuevo auditorio municipal. Para ello, será necesario derribar el que existe en la actualidad.

Según la nueva Directiva, aparentemente, se debería licitar un lote para el derribo y preparación del suelo y otro para la construcción (sin perjuicio de los múltiples lotes en que se puede licitar la construcción en si misma)

Sin embargo, una vez construido el nuevo auditorio, este empieza a ceder con peligro de derrumbe.

Reclamado al adjudicatario del lote correspondiente a la construcción de auditorio, analiza el edificio y nos indica que se exime de toda responsabilidad puesto que se trata de un problema del suelo, es decir, debido a que quien debía preparar el terreno para la construcción no lo hizo correctamente. Planteada la reclamación ante el adjudicatario que debía derribar el antiguo edificio y preparar el terreno para la nueva construcción, también se inhiere de la responsabilidad culpando a quien construye sin emplear los mecanismos necesarios para cimentar correctamente; quedando por tanto el Ayuntamiento, con un edificio que no puede utilizar y a la esperar de solucionar la competencia de la responsabilidad ante los tribunales. Y ello, a pesar de cumplir la regla general y fraccionar el contrato en los posibles lotes para dar un mayor acceso a las PYME.

Por supuestos como el que hemos utilizado aquí como ejemplo, esta regla general puede llegar a resultar inapropiada.

2º.-El límite en el número de lotes a los que puede licitar una empresa, podría implicar una pérdida de oportunidades de mercado.

Si existe una restricción de lotes a los que presentar ofertas, lo sensato por parte de las empresas licitadores, sería presentar sus proposiciones a aquellos lotes que les resulten más adecuadas.

Dado que estamos dirigiendo la actividad contractual a un tipo concreto de empresas, cuyo perfil, en el ámbito en el que nos movemos en cada licitación, es muy similar; corremos el riesgo de que puedan quedar desiertos unos lotes y que, al mismo tiempo otros lotes resulten ser los más concurridos.

La solución a este problema viene recogida en el propio art. 46.2 al permitir que en los pliegos se precisen las opciones de licitación a uno, varios o todos los lotes y

también, el número de lotes a adjudicar. Aunque, aparentemente, esta sería la solución, sin embargo, aquí no queda resuelta la cuestión, puesto que, no se exige que estén relacionados el número de lotes a los que presentar licitación, con el número de lotes a adjudicar.

Así pues, si para evitar que a algunos lotes no concurra ninguna empresa se admite la concurrencia a todos ellos, pero a continuación, debemos indicar el número de lotes que pueden adjudicarse a una sola empresa, ¿no estaríamos haciendo que los licitadores empleen esfuerzo, tiempo y dinero en la preparación y presentación de sus ofertas para posteriormente, limitar el número de lotes de los que pueden llegar a ser adjudicatarios? Por lo tanto, parece que esta solución, puede traer consigo nuevos problemas para las empresas e incrementarlos para las administraciones.

3º.- La oferta más ventajosa puede no ser la que resulte adjudicada.

Dado que resulta necesario establecer el número de lotes a adjudicar a un solo licitador, podríamos encontrarnos con que, la oferta más favorable, no pueda ser la adjudicataria por existir una restricción cuantitativa en la adjudicación de los lotes.

Así, si el mismo licitador también hubiera presentado la oferta más ventajosa para otro u otros lotes y ya hubiera llegado al número máximo de lotes de los que podría resultar adjudicatario, se vería el órgano de contratación obligado a seleccionar a otra empresa como adjudicataria en lugar de poder adjudicárselo al más favorable.

En este sentido, el Considerando 79 en su segundo párrafo, acepta que no se puede anteponer un mayor acceso a la contratación pública de las PYME en detrimento de un perjuicio del poder adjudicador al aceptar soluciones bastante menos ventajosas.

Para poder solventar esta cuestión, el legislador comunitario propone que los poderes adjudicadores lleven a cabo una “*evaluación comparativa*” de las ofertas para determinar cuál sería la combinación de lotes que cumplirían mejor con las necesidades en cada caso. Esta idea de combinación de lotes, que se ha recogido en el apartado 3 del art. 46, debe hacerse constar con carácter previo a la presentación de ofertas, indicando que el órgano de contratación se reserva dicha posibilidad; y ello, siempre que se hayan

indicado las posibles combinaciones de lotes que serán objeto de dicha evaluación comparativa.

Estos nuevos requisitos, van a generar un esfuerzo por parte de las administraciones en cuanto a la redacción de los pliegos, ya que deberán prever todas las posibles futuras situaciones que vayan a acontecer en cada licitación; además, provocarán un retraso en la adjudicación, cuando haya que evaluar las ofertas presentadas, en los casos en los que se deba hacer una combinación de los lotes. Todo ello, previsiblemente, supondrá una demora en la contratación pública que van a sufrir tanto los licitadores como los particulares, que no son, sino ellos, los destinatarios de las contrataciones de las administraciones públicas. Y aún con todo, la propia Directiva sigue insistiendo en la necesidad de continuar con *“los esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños”*.

4.1. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE.

No queremos finalizar este punto sin examinar la incorporación al ordenamiento jurídico español de este asunto tan relevante. A pesar de la redacción de un Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, con fecha 17 de abril de 2015, este aún no ha superado los trámites para su aprobación y por lo tanto, aún sigue en vigor el texto refundido de 2011.

Por lo que se refiere al contenido del borrador de anteproyecto, el artículo 46 de la Directiva, se ubica dentro del Título III de la futura ley, en el art. 99, *sobre el objeto del contrato*, como ya se enmarcaba en el texto precedente. El contenido ha pasado de tres a siete puntos, pero el primero y el segundo continúan inamovibles, es decir, se respeta la necesidad de determinar el objeto del contrato y la obligación de no fraccionar el objeto del contrato para disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o del procedimiento.

Los cambios se producen a partir del punto número tres. En primer lugar, exceptúa de la posibilidad de fraccionamiento, aquellos contratos de concesión de obras y de concesión de servicios; y se ha eliminado la necesidad de justificación de la división. Sin embargo, sí se obliga a justificar en el expediente la decisión del órgano de contratación de no dividir en lotes el objeto del contrato. Y a continuación, enumera los motivos válidos para dicha justificación que se pueden resumir en dos: 1) Siempre que la división conlleve riesgo de restringir la competencia. 2) Cuando la realización independiente de las diversas prestaciones del objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo.

El punto 4 del borrador del Anteproyecto, que se corresponde con el apartado 2 del art. 46 de la Directiva; señala los límites referidos al número de lotes a licitar y a adjudicar, en cuyo caso, deberán marcarse los criterios a aplicar en los pliegos. Sin embargo, insiste, en este caso, en la necesidad de motivación del órgano de contratación para proceder a la división en lotes.

El apartado 5 desarrolla el punto 3 de la Directiva pero en lugar de referirse a una “*evaluación comparativa*” en aquellos casos en los que se permita adjudicar más de un lote al mismo licitador, habla de una *oferta integradora* en la que además, deberán cumplirse los cuatro requisitos que a continuación se detallan, sin excepción. *A saber*:

- 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.

Finalmente, los apartados 6 y 7 del art. 99 del borrador, atienden a cuestiones procedimentales referidas a la publicidad y al procedimiento a seguir en función del valor acumulado del conjunto de los lotes, así como a la constitución de un contrato por cada lote, salvo cuando estemos ante ofertas integradoras, en las que se celebrará, para el conjunto, un solo contrato.

Este artículo, junto con el resto del borrador, ha sido examinado por el Pleno del Consejo Económico y Social de España, en el Dictamen 8/2015, de 25 de junio de 2015 y respecto al mismo, *considera favorable que el Anteproyecto promueva la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, sin embargo, cree necesario apuntar que, para asegurar la ejecución correcta del contrato, la división por lotes debería hacerse por unidades completas de producción y no por actividades productivas independientes.*

Vista la situación en la que se encuentra el borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público es más que probable que no se pueda aprobar en el breve plazo del que disponemos hasta la fecha límite del 18 de abril de 2016.

5. LA “ADAPTACIÓN” A LA DIRECTIVA 2014/24/UE DE LA PRÁCTICA CONTRATUAL EN LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES.

A pesar de la debida e inminente transposición de la Directiva Europea a la normativa española, algunas administraciones no han querido esperar a la fecha límite del 18 de abril de 2016 y han incorporado parte de su contenido a la actividad contractual diaria a través de instrucciones, acuerdos y otros instrumentos similares. En todos ellos, se observa un carácter marcadamente social ya que destaca un interés en la protección de los sectores más vulnerables; evitando en muchos de ellos, hacer mención a la cuestión sobre el fraccionamiento del objeto del contrato, o dejándola pasar de soslayo, como sucede en la **Carta Local de Compromiso en materia de Contratación**

Pública del Ayuntamiento de Logroño¹⁶, cuyo art. 10, Compromiso 6 se refiere al fraccionamiento legal de contrato del siguiente modo:

“El Ayuntamiento de Logroño se compromete a fraccionar cualesquiera contratos en lotes cuando sean susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituyan unidad funcional, siempre que dicha operación sea proporcional a su objeto y no se lesionen intereses municipales derivados de la obtención de mejores precios, permaneciendo constante la calidad”.

Sin embargo, a nuestro entender, el Ayuntamiento de Valladolid, encabeza la adaptación de la Directiva a su propia normativa con la *Instrucción 1/2015, de la Secretaría General, para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública del Ayuntamiento e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y promoción de las PYMES*, que fue aprobada en Junta de Gobierno de 17 de abril de 2015. Esta integración se refiere, no sólo a la incorporación de cláusulas sociales, sino que añade aquellos referidos a la protección del medio ambiente, la innovación y por supuesto, lo referido a la postura de protección y defensa que, desde la UE, se lleva a cabo a favor de las PYME.

Varios son los artículos de esta instrucción que se refieren al fraccionamiento del objeto del contrato, a su división en lotes y a las PYME. De hecho, todo el título primero se dedica al fomento de las PYME¹⁷.

Destaca el artículo 4, cuyo título *“Adaptación del tamaño de los contratos para facilitar la participación de las PYMES”*, recuerda la primera frase del Considerando 78 de la Directiva: *“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME”*.

¹⁶ Carta local de compromisos en materia de contratación pública del Ayto. de Logroño, aprobada por Junta de Gobierno Local el 30 de mayo de 2012.

¹⁷ Instrucción 1/2015, de la Secretaría General, para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública del Ayuntamiento e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y promoción de las PYMES. **Título I: Medidas de fomento de la participación de las PYMES en la contratación municipal.**

Este artículo, en su primer apartado señala que *el fraccionamiento del objeto de los contratos en lotes, ...será la **regla general** en la contratación pública del sector público del Ayuntamiento de Valladolid;* alejándose así, de lo establecido en el art. 86 TRLCSP, y adaptando su funcionamiento a la norma comunitaria. El resto del primer apartado, introduce las cuestiones relativas al número de lotes a licitar y a adjudicar, que también contiene la Directiva; y las normas a aplicar en caso de adjudicación de un mayor número de lotes al mismo adjudicatario.

Sin duda, este es el artículo que refleja de manera más fidedigna, el contenido del artículo 46 de la Directiva.

Otros preceptos de esta instrucción se ocupan de cuestiones relacionadas con la división en lotes, como el artículo 52¹⁸, relativo a las prestaciones de alto contenido tecnológico; sin embargo, queremos hacer una reflexión acerca del **artículo 49**, referido a la **“Reserva anual de contratos específicamente para PYMES innovadoras”**:

“El Ayuntamiento de Valladolid se compromete a reservar anualmente para «pymes innovadoras» legalmente certificadas, determinados contratos de compra pública innovadora con el objetivo de desarrollar y aplicar proyectos de I+D+i dirigidos a mejorar la calidad y sostenibilidad de obras, servicios o suministros municipales”.

Según este precepto, el Ayto. de Valladolid, licitará cada año, un número de contratos, cuyo destino exclusivo y excluyente, serán las pyme innovadoras.

Sobre la posibilidad de si, llevar a cabo una reserva de contratación pública para las PYME, puede vulnerar o no, el *principio de igualdad de trato y no discriminación* que

¹⁸ *“En los contratos que contengan prestaciones con un alto contenido tecnológico o en las que quepan alternativas más innovadoras que las inicialmente previstas, se valorará optar por licitar separadamente estas prestaciones del resto del objeto del contrato mediante lotes o contratos independientes, o por imponer la subcontratación de estas prestaciones a empresas con una solvencia específica para las misma o en el desarrollo de proyectos I+D+i”.*

rige las contrataciones públicas¹⁹, se ha planteado en el año 2014 una pregunta escrita a la Comisión Europea²⁰, que no deja lugar a dudas:

“Reservar cuotas para las PYME en la legislación de la UE sobre contratación pública o en la legislación de los Estados miembros podría ser contrario al principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos. Además, reservar cuotas para las PYME en la contratación pública podría plantear problemas en relación con la obligación internacional de la UE contraída en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de no introducir medidas discriminatorias que distorsionen la contratación abierta (artículo XXII:6 del ACP revisado)”.

Por lo tanto, los intentos para facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, por las cuestiones que en este trabajo ya se han puesto de manifiesto; no puede suponer una vulneración de los principios de la contratación pública, en ningún caso. Debe por tanto buscarse un equilibrio para fomentar el acceso de las PYME al mercado de las relaciones contractuales con las administraciones públicas sin que para ello, se deba perjudicar a las empresas que, por ser de mayor tamaño, no encuentran el mismo celo proteccionista desde las instituciones públicas.

¹⁹ Art. 1 TRLCSP: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.*

²⁰ Pregunta escrita E-000727/14 a la Comisión, de 24 de enero de 2014.

6. CONCLUSIONES.

El objetivo de este trabajo, no era otro que profundizar en las novedades que la Directiva 2014/24/UE incorpora en el ámbito de la contratación pública, y más concretamente, en lo que se refiere al fraccionamiento del objeto de los contratos y su división en lotes.

Hemos visto cómo la nueva directiva rompe con el planteamiento vigente y se muestra ahora partidario de la fragmentación de los contratos para favorecer el acceso de las PYME a las contrataciones públicas.

Sin duda, como hemos indicado en este trabajo, la nueva directiva tiene un carácter marcadamente paternalista para con las PYME, y fundamenta este giro legislativo en la antagonía entre la numerosa cantidad de pequeñas y medianas empresas que figuran registradas en la Unión Europea y el escaso número de contratos públicos que les son adjudicados. Por ello, desde el Considerando 2 de la Directiva, queda patente la voluntad del legislador comunitario de romper los obstáculos con los que aquellas se encuentran para acceder a las contrataciones y la intención de buscar los mecanismos que puedan facilitar su participación en las contrataciones.

Para ello, desde la anterior directiva en materia de contratación pública, esto es, la Directiva 2004/18/CE, hasta la aprobación de la actual; han transcurrido diez años de estudios e investigaciones, en los que se han propuesto numerosas herramientas para lograr una mayor participación de las PYME en la actividad pública contractual. Entre otros, se ha considerado que la división en lotes, puede ser uno de los instrumentos que facilitarán el cambio.

Sin duda, los cambios propuestos en este aspecto son significativos, ya que se ha pasado de una situación en la que, la división de los contratos administrativos se veía como un intento para evitar seguir el procedimiento legal establecido y se exigía, su detallada justificación; al extremo opuesto, es decir, ahora se establece como norma general la división en lotes, en la que además, la adjudicación no puede hacerse a una misma empresa, salvo casos excepcionales y que hemos venido a denominar, “*la regla: un lote, una empresa*”.

El nuevo planteamiento sobre el fraccionamiento del objeto de los contratos públicos, va a suponer, sin duda, un reto importante para las administraciones públicas que deberán invertir importantes esfuerzos en adaptarse a este nuevo enfoque. Qué duda cabe, que la adaptación será cuanto menos laboriosa y que a los órganos de contratación les queda un arduo camino por delante; pero también las empresas deberán invertir esfuerzos si quieren aprovechar la posibilidad que desde las instituciones comunitarias se les ofrece. No estaría de más que, como se incluye en el artículo 47 de la Instrucción 1/2015 del Ayuntamiento de Valladolid, se pusiera en marcha un plan de formación a las empresas para que, entre todos se pudiera acelerar la adaptación a los nuevos aspectos de la regulación.

Finalizamos este trabajo como lo empezábamos, con la vista puesta en el próximo mes de abril y ante el reto de adaptar esta nueva Directiva a nuestro ordenamiento jurídico a tiempo. Cuestión que por otro lado, ya se han planteado algunas administraciones locales, las cuales han optado por incorporar a su actividad contractual diaria algunas de las novedades de la norma europea, lo que significa que conviven simultáneamente dos posturas opuestas respecto a la división de los contratos. Asunto este que, sin ser objeto de estudio del presente trabajo, resulta de suma importancia, y que esperamos poder analizar en un futuro de manera más detallada.

Confiamos en que, con la Directiva 2014/24/UE, la contratación pública europea salga reforzada.